أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

النكت في المختلف

(في الخلاف بين الشافعية والحنفية)

تأليف
العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور بن عبد الجبار
السمعاني الشافعي (٥٣٤ هـ)
ابن (أبي المظفر السمعاني صاحب القواطع والاصطلام)

حقق هذا الجزء
د. عبد الله بن محمد بن عبد الله المعتق

الجزء الثاني

طبع بتمويل ذرية الأهل
ثوابا لمبارك عبد العزيز الحساوي رحمه الله
وبدرية محمد الحشتي حفظها الله ووالديهما



النكت في المختلف

(في الخلاف بين الشافعية والحنفية)

الطبعة الأولى
١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

E-Mail: s.faar16@hotmail.com
Twitter:@sfaar16

مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

❖ الرئيسي - حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ص. ب: ١٠٧٥. الرمز البريدي ٣٢٠١١
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
❖ فرع حولي - شارع المثنى - تلفون: ٢٢٦١٥٠٤٦
❖ فرع المباركية - مقابل مسجد ابن بحر - ت: ٢٢٤٩٠٦٠٤
❖ فرع الفحيحيل البرج الأخضر شارع الدبوس - ت: ٢٥٤٥٦٠٦٩
❖ فرع المصاحف - حولي - مجمع البدري: ت: ٢٢٦٢٩٠٧٨
❖ فرع الرياض - المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي ت: ٠٥٥٧٧٦٥١٣٨
الساخن: ت: ٩٤٤٠٥٥٥٩
E – mail: z.zahby74@yahoo.com

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

النكت في المختلف

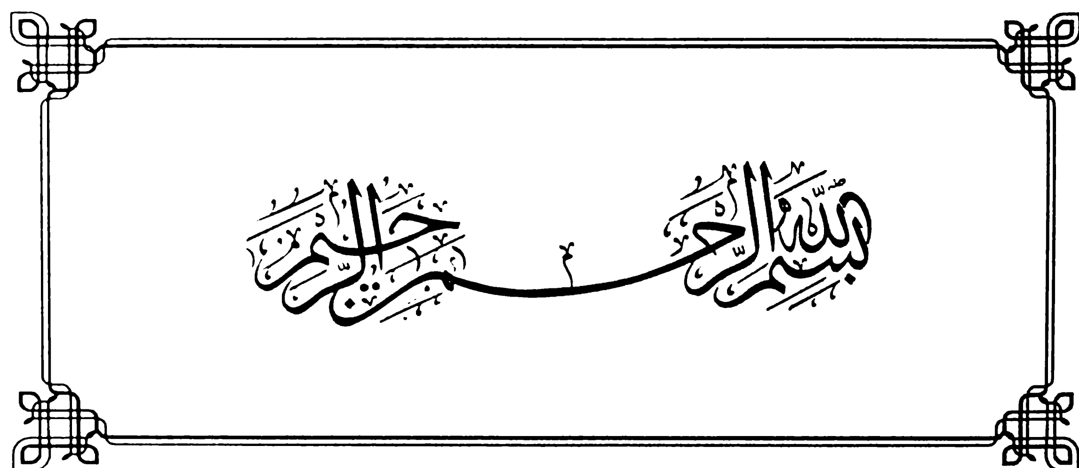
(في الخلاف بين الشافعية والحنفية)

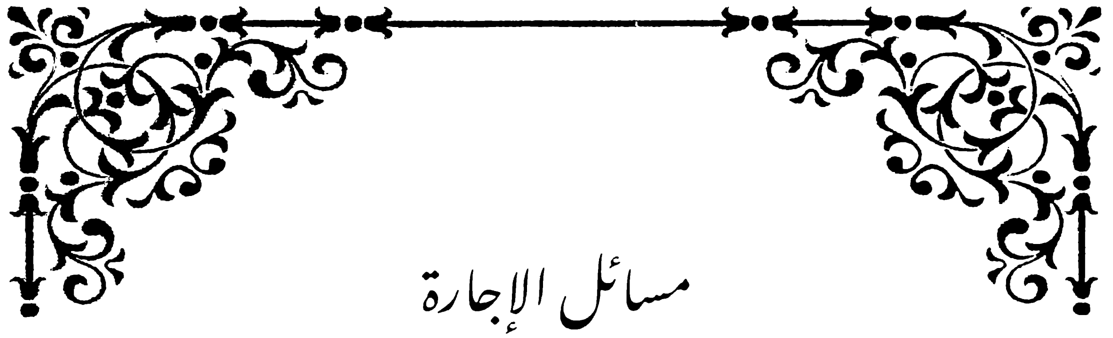
تأليف
العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور بن عبد الجبار
السمعاني الشافعي (٥٣٤ هـ)
ابن (أبي المظفر السمعاني صاحب القواطع والاصطلام)

حقق هذا الجزء
د. عبد الله بن محمد بن عبد الله المعتق

الجزء الثاني

طبع بتمويل دار الأمل
ثوابا لمبارك عبد العزيز الحساوي رحمه الله
وبدرية محمد المشتي حفظها الله ووالديهما


بسم الله الرحمن الرحيم



مسائل الإجارة

۱٤۳| مسألة:

الأجرة تملك بنفس العقد عندنا[1]، وعندهم لا تملك بنفس العقد ولا تستحق، وإنما تملك بأحد أشياء ثلاثة؛ إما باستيفاء المنفعة، أو بتعجيل الأجرة، أو بشرط التعجيل[2].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المنفعة المعدومة جعلت موجودة تقديرًا عندنا[3]، وعندهم [منفاة][4] على العدم[5].

❊ دليلنا: أنها عوض في عقد بيعٍ، فوجب أن يثبت الملك فيه بنفس

---

(۱) ينظر: الحاوي الكبير (۳۹٥/۷)، والتهذيب (٤/٤۳۰).

(۲) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (۳۸۹/۳)، والمبسوط (۱۰۸/۱٥)، وتحفة الفقهاء (۳٤۸/۲)، وبدائع الصنائع (۲۰۱/٤).

(۳) ينظر: الحاوي الكبير (۳۹٦/۷)، والمهذب (۲٤٥/۲)، وبحر المذهب (۱٤۳/۷)، والتهذيب (٤۳۰/٤).

(٤) كذا كتبت في الأصل، ويفهم ذلك من سياق الكلام أن المنفعة معدومة في الإجارة حال العقد. قال الجصاص في سياق ذكر الأدلة في هذه المسالة: «لم تكن المنافع مملوكة في حال العقد، لانها معدومة فيه»، وقال السرخسي: «ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد، فكذلك الأجرة وهذا؛ لأنه معدوم في نفسه، والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشيء سوى أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم». ينظر: شرح مختصر الطحاوي (۳۸۹/۳)، والمبسوط (۱۰۹/۱٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (۳۸۹/۳)، والمبسوط (۱۰۹/۱٥).




العقد[1]، دليله: الثمن في البيع[2].

وقولنا: عوض في عقد بيع لا إشكال فيه؛ لأنه عوض في عقد الإجارة، وهي عقد بيع فوجب أن يقبل الملك في الحال؛ لأن سبب الملك العقد، وقد وجد، والدليل على أن السبب [١١٥/ب] هذا الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: وهو أن العقد إنما شرع ووضع للملك، فإذا وجد فلا بد من إفادة الملك.

وأما الحكم: فلأنه إذا عجل الأجرة أو شرط التعجيل يملك، وإنما يملك بالعقد لا بالشرط؛ لأن الشرط ليس له تأثير في ثبوت الملك[3].

ألا ترى أنه لو أضاف العقد إلى زمان في المستقبل ثم عجل الأجرة أو شرط التعجيل لا يملك[4]؟! وها هنا لما ملك دل أنه إنما ملك بالعقد، فدل أن العقد سبب، وإذا ثبت أن العقد سبب وقد وجد بتمامه وجب أن يفيد الملك في الأجرة في البدلين معًا[5].

[...][6] دليله: ....

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٩٦/٧)، والمهذب (٢٤٥/٢)، والتهذيب (٤٣٠/٤).

(٢) أي: أنه إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن. ينظر: الحاوي الكبير (٣٩٦/٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٤)، والتهذيب (٤٣٠/٤).

(٤) قال الماوردي: «فإن لم يسلم ما أجره فلا مطالبة له بالأجرة، كما لا يطالب بثمن ما لم يقبضه، فإذا سلم ما أجره؛ استحق المطالبة بأجرته، كما يستحق المطالبة بثمن ما أقبضه، فإذا قبض الأجرة فقد ملكها». ينظر: الحاوي الكبير (٣٩٧/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣٩٦/٧)، والمهذب (٢٤٥/٢)، والتهذيب (٤٣٠/٤).

(٦) بالتأمل في كلام المؤلف يلاحظ أن في هذا الموضع سقط؛ لأن المؤلف لم يذكر الدليل=

البيع[1].

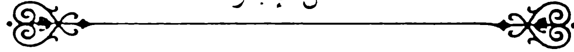
وإنما قلنا: معاوضة؛ لأنه لا إشكال فيه.

وقولنا: مطلقًا؛ لأنه خلا عن الشرط، وإنما يفيد الملك في البدلين معًا؛ لأن قضية المعاوضة التسوية والمعادلة بين العوضين في الملك، لأن المتعاقدين دخلا دخولًا واحدًا، وقصد التسوية بين العوضين، فدل أنه يفيد الملك في العوضين معًا، ولا يفيد الملك في المنفعة في الحال؛ لأنها معدومة، فلا يفيد في الأجرة أيضًا تسوية بينهما.

وإنما قلنا: أن المنفعة معدومة؛ لأن منفعة الدار هي السكنى في الدار، ومنفعة الثوب ليس إلا دفع الحر والبرد، ومنفعة الدابة الركوب، ولم يوجد هذا في الحال؛ لأن الموجود في الحال تهيؤ الدار للسكون، والثوب للبس، والدابة للركوب، فدل أن المنفعة معدومة في الحال، فلا يثبت الملك فيها، فلا يثبت في الأجرة أيضًا تسوية بينهما، ولا يلزم ما إذا شرط التعجيل؛ لأنا نقول: إنما ملكت الأجرة والحال هذه؛ لأن العقد انعقد في الحال سببًا لاستحقاق المنفعة والأجرة جميعًا إلا أنه لا يفيد الملك في المنفعة لأنها معدومة، فلا يفيد في الأجرة أيضًا تسوية بينهما، فإذا عجل الأجرة أو شرط

= كعادته؛ بل ذكر توجيه الدليل وشرحه. ويمكن أن يقال: [دليلهم: عقد معاوضة مطلقة، فوجب أن يفيد الملك في العوضين معا] ومما يؤيد ذلك قول السرخسي: «وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم كعقد البيع». المبسوط (١٥/١٠٩).

(١) أي: أن أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد، فكذلك الأجرة. ينظر: المبسوط (١٥/١٠٩).



التعجيل فقد أسقط حقه في التسوية، فإذا سقط حقه في التسوية بالعقد يعمل في الأجرة بالاستحقاق لهذا المعنى[1].

الجواب:

قولهم: عقد معاوضة مطلقة، فوجب أن يفيد الملك في العوضين معًا.

قلنا: مُسَلَّم، فقد أفاد.

قولهم: لا يفيد الملك في المنفعة.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن المنفعة معدومة.

قلنا: معدومة حسًا، أما موجودة شرعًا؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه يجوز إيراد العقد عليه، فلولا أن المنفعة جعلت موجودة، وإلا لما جاز. ولأن هذا عقد معاوضة فيقتضي [١١٦/أ] وجود المعقود عليه في الحال، فلأن العقد عقد تمليك، وهو من باب التفعيل، فيستدعي محلًا ينفعل فيه، ولولا أنها موجودة، وإلا ورد عليه التفعيل؛ ولأن المستأجر لو أراد أن يؤاجر من آخر فإنه يجوز، فدل أنها موجودة[2].

وأما الحقيقة: فلأن المنفعة صارت بعرض الوجود باعتبار تهيؤ الدار

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٣٨٩)، والمبسوط (١٥/١٠٩)، وبدائع الصنائع (٤/٢٠٢).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٣٩٧).




للمنفعة ، وما كان تعرض الوجود يعطى له حكم الوجود ؛ كالماء المودع في الرحم لما كان له عرضة أن يصير شخصًا ، يعطى له حكم الشخص ، وكذلك البيضة لما كانت بعرض أن تصير فرخًا ، يعطى له حكم الفرخ ، كذلك ها هنا ، والدليل عليه أنه لو عجل الأجرة ، أو شرط التعجيل فأنه يملك ولولا أن المنفعة يعطى لها حكم الوجود ، وإلا لما ملك .

قولهم: بأنه إذا عجل فعمل العقد في الاستحقاق ؛ لأن العقد ينعقد سببًا .

قلنا بهذا تبين أن المنفعة موجودة ، لأن المنفعة إذا لم تكن موجودة لا ينعقد سبب الاستحقاق[1] ، والله أعلم .



١٤٤ | مسألة:

إذا مات أحد المتكاريين[2] لا ينفسخ عقد الإجارة عندنا[3] ، خلافًا لهم[4] .

ومدار هذه المسألة تحقيقًا: على ما تقدم في المسألة قبلها[5] .

---

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) المتكاريين: فاعل من اكترى يكتري اكتراء ، والكراء: أجر المستأجر. ينظر: مجمل اللغة (ص: ٧٨٢) ، ولسان العرب (١٥/٢١٨).

(٣) ينظر: الإقناع (٢/٣٥٠) ، والتنبية (ص: ١٢٥) ، ونهاية المطلب (٨/٨٩) ، والبيان (٧/٣٧٠).

(٤) ينظر: الأصل (٣/٤٩٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٣/٣٩٢)، والمبسوط (١٥/١٥٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٠٥) ، وبدائع الصنائع (٤/٢٢٢).

(٥) ينظر: (ص: ٥).

❊ دليلنا: أن ما يقبل النقل عقدًا يقبل النقل إرثًا كالأثمان، وحقيقة هذا الكلام ما بَيَّنَّا في المسألة التي قبلها، من أن المنفعة جعلت كالموجودة حالة العقد، وثبت الملك للمورث فيها، فينتقل إلى الوارث كما في سائر الأعيان[١].

❖ دليلهم: أن الإرث إنما يجري في المتروك، ولا متروك؛ لأن المنفعة معدومة، والتي حدثت حال حياته انعدمت وتلاشت، والتي تحدث بعد الموت لا تحدث على ملكه؛ لأنه بالموت خرج عن كونه أهلًا للملك، وإنما تحدث على ملك الآخر؛ لأنها حدثت عن عين مملوكة له، فإذا لم تحدث على ملك المورِّث لا تنتقل إلى الوارث، هذا إذا مات المستأجر.

فأما إذا مات الآجر فالمنفعة التي حدثت حال حياته انعدمت وتلاشت، والتي حدثت بعد موته لا تحدث على ملكه؛ لأنه بالموت يخرج عن كونه أهلًا للملك، وإنما تحدث على ملك الوارث؛ لأن العين انتقلت إليه، والمنفعة تبع للعين، والعقد الذي باشره المورث لا ينعقد على المنفعة المملوكة للوارث؛ لأنه لا عقد من جهة الوارث[٢].

ولا يلزم ما إذا استأجر أرضًا وزرع فيها ثم مات، فإنه لا ينفسخ[٣]؛ لأنا نقول: القياس يقتضي أن يفسخ؛ لأن المنافي قد وجد على ما بَيَّنَّا، إلا أنَّا نفيناه باعتبار الضرورة، لأنَّا لو قلنا: ينفسخ العقد بأنه يقلع الزرع، فيؤدي إلى

(١) ينظر: الإقناع (٢/٣٥٠)، والبيان (٧/٣٧٠).
(٢) ينظر: المبسوط (١٥/١٥٣)، وبدائع الصنائع (٤/٢٢٢).
(٣) ينظر: المراجع السابقة.

الإضرار [١١٦/ب] فنفيناه لهذه الضرورة[١].

الجواب:

قولهم: بأن الإرث إنما يجري في المتروك.

قلنا: مُسَلَّم.

قولهم: بأن المنفعة معدومة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي موجودة شرعًا على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن العقد الذي وجد من المورث لا يرد على منفعة مملوكة للوارث.

قلنا: هذا بناء على أن المنفعة ليست بموجودة، وقد بَيَّنَّا خلافه مشبعًا، فلا نعيده[٢]، والله أعلم.



١٤٥| مسألة:

إجارة المشاع[٣] صحيحة عندنا[٤]، خلافًا لهم[٥].

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: (ص: ٧).

(٣) المشاع: أي في مختلط غير متميز وإنما قيل له مشاع لان سهم كل واحد من الشريكين اشيع أي اذيع وفرق في اجزاء سهم الاخر لا يتميز منه ومنه يقال شاع اللبن في الماء إذا تفرق اجزاؤه في اجزائه حتى لا يتميز، كدار أو أرض مشتركة بين اثنين. ينظر: الصحاح (١٢٤٠/٣)، والمعجم الوسيط (٥٠٤/١)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص: ١٦٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٤٥/٧)، والمهذب (٢٤٤/٢)، ونهاية المطلب (١٢١/٨)، والتهذيب (٤٦٣/٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٠٤/٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٠٤) والمبسوط (١٤٤/١٥).




ومدار المسألة تحقيقًا: على أن تسليم المنفعة يحصل بتسليم الدار عندنا[1]، وعندهم لا يحصل[2].

❊ دليلنا: أنه تصرف صدر من أهله مضافًا إلى محله، واتصل الشرط به، فوجب أن يصح[3]؛ كإجارة المفرز[4].

وإنما قلنا له صدر من أهله مضافًا إلى محله لما بَيَّنَّا في مواضع، ولا إشكال فيه.

وإنما قلنا: صادف محله؛ لأن المشاع محل الإجارة لو أننا قلنا ذلك، لأن المعقود عليه في باب الإجارة المنفعة، والمشاع منفعة؛ لأنه جزء من الكل، والكل منفعة، فدل أن المنفعة موجودة في المشاع، والدليل عليه: وهو أن عندكم ينعقد العقد فاسدًا[5]، والانعقاد دليل وجود المنفعة، ولهذا إذا أسلم الدار إليه فانتفع بها عندكم يستحق الأجرة[6]، والأجرة إنما تجب في مقابلة المنفعة، والمنفعة عندكم تضمن بالعقد[7]؛ دل أن العقد منعقد، ودليل ذلك وجود المنفعة، فدل أنه صادف محله.

---

(١) ينظر: الأم (٤/ ٢٨)، والحاوي الكبير (٦/ ١٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٤٠٤)، والمبسوط (١٥/ ١٤٤).

(٣) ينظر: الأم (٤/ ٢٨)، والحاوي الكبير (٦/ ١٥).

(٤) الفرز: مصدر قولك فرزت الشئ أفرزه فرزا، إذا عزلته عن غيره ومِزته. ينظر: الصحاح (٣/ ٨٩٠)، ومقاييس اللغة (٤/ ٤٨٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٤٠٤)، والمبسوط (١٥/ ١٤٤)، بدائع الصنائع (٤/ ١٨٨).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٤٠٤)، ومختصر القدوري (ص: ١٠٥).

(٧) ينظر: المراجع السابقة.

وإنما قلنا: اتصل به الشرط ؛ لأن الشرط هو إمكان التسليم ، وقد وجد لأن التسليم عبارة عن القبض ، والأخذ والقبض في كل شيء على حسب ما يليق به[١] ، وقبض المشاع إنما يكون بقبض الكل[٢] ؛ فدل أن التسليم متصور ، وأن اليد لا يراد لعينه ، وإنما يراد ليوصله إلى المستحق ، وتسليم كل الدار يوصله إلى المستحق بالعقد ؛ لأنه إنما سلم إليه كل الدار ، فيثبت له اليد على كل الدار ، وثبوت اليد على كل الدار ثبوت اليد على النصف شائعًا ضرورة ، فدل أن التسليم قد وجد ، فصح أنه اتصل به الشرط ، فوجب القول بصحته[٣] .

❁ ودليلهم: أنه آجر ما لا يمكن المستأجر الانتفاع به ، فوجب أن لا يصح كما إذا آجر أرضًا سبخة[٤] أو مهراً[٥][٦] .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه آجر النصف مشاعًا ، ولا يمكن الانتفاع بالمشاع ، وربما قالوا: آجر ما لم يقدر على تسليمه ، فوجب أن لا يصح ؛ كما لو آجر عبدًا آبقًا[٧] .

---

(١) ينظر: البيان (٨/١٢٠).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٣/٢٥١).

(٣) ينظر: الأم (٤/٢٨) ، والحاوي الكبير (٦/١٥).

(٤) السبخة: هي الأرض ذات الملح والنز ، وَالْجمع سباخ. ينظر: جمهرة اللغة (١/٢٨٩) ، تهذيب اللغة (٧/٨٧).

(٥) المهر: ولد الرمكة والفرس ، والأنثى مهرة. ينظر: تهذيب اللغة (٦/١٥٩) ، ومختار الصحاح (ص: ٣٠٠).

(٦) قال الكاساني: «فإن بيع المهر والجحش والأرض السبخة جائز ، وإن لم يكن منتفعا بها». ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٤٠٤) ، والمبسوط (١٥/١٤٥) ، وبدائع الصنائع (٤/١٨٧).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٩١).

وإنما قلنا: آجر ما لم يقدر على تسليمه؛ لأن المعقود عليه [١١٧ أ] المنفعة، وتسليم المنفعة إنما يكون بالاستيفاء، والدليل عليه: الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن المنفعة المعقودة عليها، وتسليم المعقود عليه إنما يكون بالاستيفاء، كما في سائر المعقود عليه، فشأن تسليم المعقود عليه في سائر العقود بالاستيفاء.

وأما الحكم: فلأنه لو استأجر دارًا وسلم الدار إلى المستأجر، فانهدمت الدار في المدة ينفسخ العقد، ولو تصور تسليم المنفعة بتسليم الدار وجب أن لا ينفسخ؛ لأن هذا إهلاك وجد بعد تسليم المعقود عليه، وهلاك المعقود عليه بعد التسليم لا يوجب انفساخ العقد(١).

وها هنا لما انفسخ دل أن التسليم بالاستيفاء، فإذا ثبت ذلك، فنقول: استيفاء منفعة نصف الدار مشاعًا لا يتصور، فصح أنه آجره ما لا يقدر على تسليمه، ولأن العقد إنما ورد على النصف مشاعًا، فإنما يقتضي التسليم في النصف لا في الكل، ولا يمكن تسليم النصف إلا بتسليم الكل، فلو أوجبنا تسليم الكل يؤدي إلى إيجاب تسليم ما ليس بمعقود عليه، وهذا لا يجوز، فصح أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه، فوجب أن لا يصح(٢).

ولا يلزم ما إذا باع النصف مشاعًا؛ لأنَّا لا نقول: بأنه يتصور تسليم

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣٦/١٥)، تحفة الفقهاء (٣٥٠/٢).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٠٤/٣)، والمبسوط (١٤٥/١٥)، بدائع الصنائع (١٨٨/٤).




النصف مشاعًا حقيقة هناك، إلا أنه يتصور حكمًا في باب البيع بالتخلية[1]؛ لأنه إذا خلا بينه وبين الدار فيكون منه تسليم النصف حكمًا، أما في مسألتنا التخلية لا تكون تسليمًا؛ لأن [تسليم][2] المنافع باستيفائها على ما بَيَّنَّا.

ولا يلزم إذا آجر من رجلين، حيث يصح؛ لأنَّا لا نقول: بأن ذلك إجارة النصف، بل إجارة الكل في حق كل واحد منهما؛ لأن العقد متحد، لأن الإيجاب متحد، والقبول ينبني على الإيجاب أيضًا، فيكون متحدًا فجعل الشخصان كشخص واحد، والدار بجملتها قابلة للتسليم، واستيفاء المنفعة من كل الدار متصور، فقلنا: بأنه يصح[3].

الجواب:

قولهم: آجر ما لا يمكن الانتفاع به.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل يمكن على ما بَيَّنَّا،

وقولهم: آجر ما لا يقدر على تسليمه، [...][4] على ما حققنا في التمهيد.

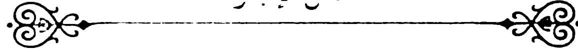
---

(١) قال الكاساني: «الشياع لا يمنع الملك؛ ألا ترى أنه يجوز بيع المشاع، وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم، وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض؛ لأنه يحصل قابضا للنصف المشاع بتخلية الكل». ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٢٠).

(٢) في المخطوط: [التسليم].

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٤٠٦)، والمبسوط (١٥/١٤٥)، وتحفة الفقهاء (٢/٣٥٧)، بدائع الصنائع (٤/١٨٨).

(٤) يبدو أن هذا الموضع فيه سقطا، لكن فيما أظن أن العبارة التي بعدها، وهي قوله: «على ماحققنا في التمهيد» قد بينت كلام المؤلف ـ ﷺ ـ إذ أن جوابه عن «آجر ما لا يقدر على تسليمه» قد ذكره في دليل مذهبه ضمنا، والله أعلم.



قولهم: أن تسليم المنفعة إنما يكون باستيفائها.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل تسليمها بتسليم محل المنفعة، وهذا لأن المنفعة معدومة، وإنما ورد وجودها لأنها بعرض أن تصير موجودة، وإنما تكون لها عرضية الوجود باعتبار تهيؤ الدار للانتفاع، فلما أعطينا للمنفعة حكم الوجود بهذا [١١٧/ب] الاعتبار أثبتنا لها محلية التسليم والتسلم كذلك أيضًا، ونزلنا تسليم الدار منزلة تسليم المنفعة باعتبار صلاحيتها للانتفاع، كما أنزلناها موجودة باعتبار صلاحية الدار للانتفاع[١].

والدليل عليه: أنه إذا آجر دارًا من إنسان، وسلم الدار إليه، ومضت المدة ولم ينتفع هو بالدار، تتقرر عليه الأجرة[٢]، وإنما تتقرر لهذا المعنى؛ لأن تسليم الدار تسليم للمنفعة، كذلك ها هنا، ولئن سلمنا أن تسليم المنفعة باستيفائها، لكن استيفاء المنفعة من المشاع متصور بطريق المهايأة[٣][٤]، والله أعلم.



|١٤٦| مسألة:

ما فسد بعمل الأجير المشترك[٥] لا يكون مضمونًا عليه في قول لنا[٦]،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/١٥).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٩٥)، ونهاية المطلب (٨/٢٠٠).

(٣) المُهَايأة: «عبارةٌ عن تقسيم المنافع كإعطاء القرار على انتفاع أحد الشريكين سنة ولآخر كذلك» قال السيد: «هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب». التعريفات الفقهية (ص: ٢٢٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/١٥).

(٥) الأجير المشترك: هو من يستحق الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل. ينظر: تحفة الفقهاء (٢/٣٥٢)، والتهذيب (٤/٤٦٦).

(٦) وهذا القول هو أصح القولين من مذهب الشافعية. ينظر: الحاوي الكبير (٧/٤٢٦).




وفي الثاني[١]: وهو مذهبهم يكون مضمونًا[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المعقود عليه [ماذا عندنا العمل المطلق][٣][٤]، وعندهم العمل المقيد بوصف السلامة، وهو العمل المصلح دون المفسد[٥].

❊ دليلنا: أنه فساد حصل بعمل مأذون فيه، فلا يكون مضمونًا عليه كالأجير المنفرد[٦].

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٢٦)، والحاوي الكبير (٧/٤٢٦)، والمهذب (٢/٢٦٧).

(٢) عند أبي حنيفة: أنه تلف بغير فعل الأجير لم يضمنه، وإن تلف بفعله ضمنه، سواء كان فعله عدوانا أم لا، فأما الأجرة فلا يستحقها الأجير وإن عمل، سواء ضمن أو لم يضمن؛ لأن عمله تلف في يد نفسه، لا في يد مستأجره بخلاف المنفرد. وأما صاحبا أبي حنيفة وغيرهم من الأحناف فقالوا: إن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فهو ضامن، وإن هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان. وما هلك في يده بعمله، كالقصار إذا دق الثوب، فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق، فهو ضامن. ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٠٢)، والمبسوط (١٥/٧٩)، وتحفة الفقهاء (٢/٣٥٢)، وبدائع الصنائع (٤/٢١٠).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة «ماذا عندنا العمل المطلق» كما هومثبت في المتن، والصحيح قوله: «مأذون عندنا، وهو العمل المطلق». قال إمام الحرمين: «وإن لم يعتد ـ أي الأجير المشترك ـ واقتصد، فالذي أطلقه الأصحاب تخريجُ ذلك على أن يدَ الأجير يدُ أمانة، أو يد ضمان، والذي نراه في القياس الجلي أنه لا يضمن ما يقتضيه عملُه المأذون فيه. نهاية المطلب (٨/١٦١).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٢٦)، والحاوي الكبير (٧/٤٢٦)، ونهاية المطلب (٨/١٦١)، والمهذب (٢/٢٦٧).

(٥) ينظر: المبسوط (١٥/٧٩)، وبدائع الصنائع (٤/٢١٠).

(٦) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٢٦)، والحاوي الكبير (٧/٤٢٧)، ونهاية المطلب (٨/١٦١)، والمهذب (٢/٢٦٧).

وإنما قلنا: فساد حصل بعمل مأذون فيه ؛ لأن المأذون فيه دق المثل ، وقد دق دق المثل وما تجاوز عنه ، لأن دق المثل ما لا يحصل التزيين إلا به ، وهو قد أتى به لأن المسألة مصورة فيها ، وهذا لأنَّا لا نعني بدق المثل أن لا يتمزق معه الثوب في جميع الأحوال ، بل نعني بدق المثل أن لا يتخرق معه الثوب في الأعم الأغلب ، ولكن يجوز أن يتخرق نادرًا ، وقد وجد هذا الدق في مسألتنا ؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا شاهد أهل هذه الصنعة ، وقالوا: أتى به على هذا الوجه ولم يتجاوز عن الحد المحدود والرسم المرسوم ، فدل أنه أتى بعمل مأذون فيه على ما بَيَّنَّا ، فلا يجب الضمان ؛ لأن الإذن ينفي العدوانية ، فينفي الضمان الواجب بسبب العدوانية(١) .

❖ ودليلهم: أنه فساد حصل بعمل غير مأذون فيه ، فوجب أن يكون مضمونًا عليه(٢) .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن المأذون فيه ما هو المعقود عليه ، لأنه ليس ها هنا إذن آخر سوى العقد ، فالمأذون ما تناوله العقد ، والعقد إنما يكون متناولًا المصلح دون المفسد ، لأن الإنسان إذا دفع ثوبًا إلى قصار فمقصوده الإصلاح والتزيين دون الإفساد ، فإذا كان المقصود هذا فتنفيذ العقد بذلك ، لأن مقاصد المتعاقدين معتبر في باب العقود(٣) ؛ فلأن القصار بائع عمله ، والبيع يقتضي سلامة المعقود عليه حتى لو وجد به عيبًا له الرد .

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٢٦) ، الحاوي الكبير (٧/٤٢٧) ، ونهاية المطلب (٨/١٦١) ، والمهذب (٢/٢٦٧) .

(٢) ينظر: المبسوط (١٥/٧٩) ، وبدائع الصنائع (٤/٢١٠) .

(٣) ينظر: قواطع الأدلة في الأصول (٢/٤٠٨) ، وموسوعة القواعد الفقهية (٣/٢٣١) .

كذلك ها هنا، هذا البيع يقتضي سلامة المعقود [١١٨/أ] عليه، والعمل يتنوع إلى مصلح وإلى مفسد، فإذا دفع إليه الثوب فكأنه عين العمل المصلح، فإذا أتى بالمفسد فقد عدل عن الذي عينه المالك إلى نوع آخر، فيكون متعديًا، فيكون مضموناً عليه؛ كما إذا دفع ثوبًا ليخيط له قباء[١] فخاط قميصًا[٢].

ولأنه باع العمل في الذمة؛ لأن العمل ليس بموجود، وما يباع في الذمة [وله][٣] وصفان: وصف السلامة، ووصف العيب[٤].

فإذا أضيف إليه العقد يتناول السليم دون المعيب حتى أنه لو باع شيئًا بألف في الذمة وسلم إليه الألف فوجدها زيوفًا[٥]، وأراد أن يرد إلى المشتري، فقال المشتري: هذا ليس بدراهمي. وقال البائع: هذه دراهمك؛ فإن القول قول البائع، فلولا أن العقد يتناول السليم دون المعيب وإلا لما كان القول قوله[٦].

---

(١) القباء: هو ثوب يلبس فوق الثياب، أو القميص، ويتمنطق عليه. ينظر: لسان العرب (١٥/١٦٨)، والمعجم الوسيط (٢/٧١٣).

(٢) القميص: ثوب مخيط بكمين غير مفرج يلبس تحت الثياب، ولا يكون إلا من قطن، أو كتان. ينظر: تاج العروس (١٨/١٢٨).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «وله» كما هومثبت في المتن، والصحيح هو قوله: «فله»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٤) ينظر: فتح القدير لابن الهمام (٦/٣٥٥).

(٥) زيف: هو بضم الزاي، وتشديد الياء المفتوحة، جمع زائف وهو: المغشوش من الدراهم هو الذي فيه نحاس أو غيره ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٣٤٣)، وتاج العروس (٢٣/٤١١).

(٦) ينظر: المبسوط (١٥/٨٠)، وبدائع الصنائع (٤/٢١٠).

ولا يلزم الأجير المنفرد؛ لأنه إنما لا يضمن الفساد، لأن المعقود عليه هناك المنفعة دون العمل، ولهذا إذا أسلم نفسه إليه ولم يعمل تتقرر عليه الأجرة، وإذا ثبت أن المعقود عليه إنما هو المنفعة فالمنفعة لا تتنوع إلى مصلح ومفسد، بل هي شيء متحد بالعقد تناوله على أي وجه كان[1].

الجواب:

قولهم: فساد حصل بعمل غير مأذون فيه.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: المأذون فيه عمل مصلح دون مفسد، لا بل المأذون فيه العمل المطلق دون المقيد بالصلاح، بدليل: الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن العقد مطلق، والعقد إذا كان مطلقًا يتناول المعقود عليه مطلقًا.

وأما الحكم: فإنه لو تجوز به المالك، فإن الأجير يستحق الأجرة المسماة، فلولا أنه أتى بالمعقود عليه، وإلا لما استحق الأجرة المسماة؛ لأن المسمى عوض في العقد، فإنما يستحق بالإتيان بالعوض[2].

قولهم: بأن المقصود إنما هو السلامة.

قلنا: المقصود غير، والمعقود عليه غير، فإنه يجوز أن يكون الشيء

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٤٢٧)، والمهذب (٢/٢٦٧).

مقصودًا، ولا يكون معقودًا عليه، ويجوز أن يكون معقودًا عليه، ولا يكون مقصودًا، بل المعقود إنما يعرف بالنظر إلى لفظ العقد؛ فكل ما صادفه لفظ العقد يكون معقودًا عليه، وما لا فلا، واللفظ صادف مطلق العمل، فيكون المعقود عليه العمل المطلق.

وأما قولهم: بأنه بائع عمله.

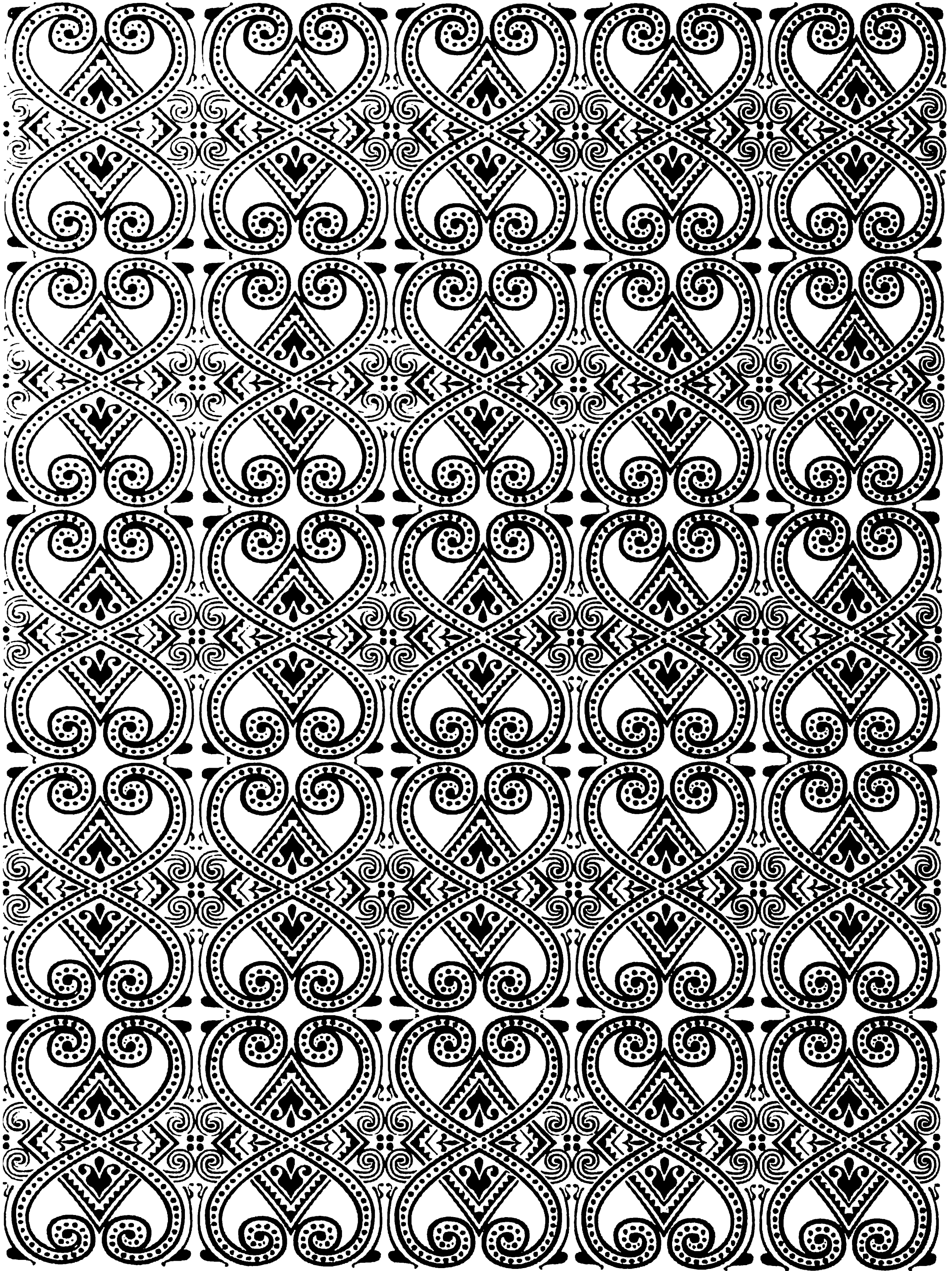
قلنا: بلى، ولكن العقد تناول المطلق؛ كما في بيع العين تناول المطلق السليم والمعيب جميعًا، كذلك ها هنا.

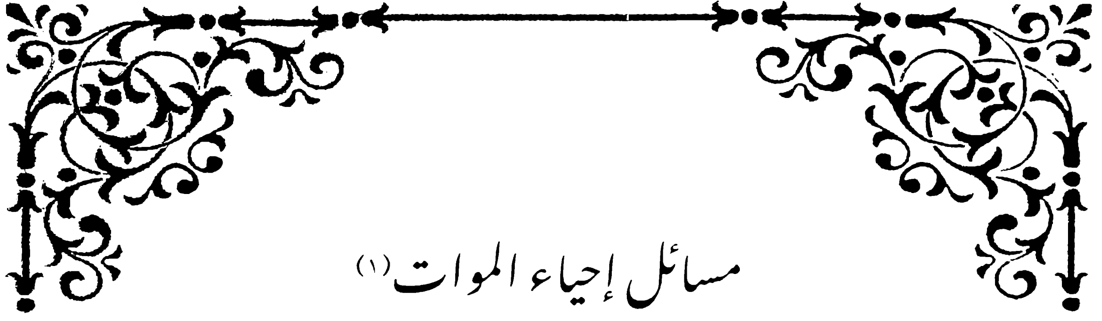
قولهم: بأن ما يثبت في الذمة، فإن العقد يتناول السليم دون المعيب.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ بدليل: أنه لو سلم الزيوف إلى البائع [١١٨/ب] ولغت في يده ليس للبائع أن يطالبه بإيفاء حقه[١]، ولولا أن الحق تناول الدراهم الزيوف، وإلا لجاز له أن يطالب المشتري، والله أعلم.



(١) الصحيح أن البائع إذا وجدها زيوفا، فهو بالخيار بين أن يسامح وبين أن يبدلها. ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٣٦).





مسائل إحياء الموات(١)

١٤٧ | مسألة:

المسلم إذا أحيا أرضًا ميتة بدون إذن الإمام يملكها عندنا(٢)، خلافا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن موات دار الإسلام مملوك المسلمين عندهم(٤)، وعندنا لا(٥).

❊ دليلنا: أنه مال مباح، فوجب أن يملك باليد والاستيلاء، ولا يفتقر

---

(١) الموات لغة: ما لا روح فيه، وقيل: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد. ينظر: مختار الصحاح (ص: ٣٠١) ولسان العرب (٩٣/٢). والموات اصطلاحا: عرفها الحنفية بأنها: ما لا ينتفع به من الأراضي، وليس ملك مسلم ولا ذمي، وهو بعيد من العمران. وعرفها الشافعية بأنها: الأرض التي لا مالك لها ولا منتفع بها. ينظر: الهداية (٣٨٣/٤)، والاختيار (٦٦/٣)، والنجم الوهاج (٤٠٧/٥)، والإقناع (٣٥٦/٢).

(٢) ينظر: الأم (٤٢/٤)، مختصر المزني (٢٣٠/٨)، والإقناع (ص: ١١٨)، والحاوي الكبير (٤٧٨/٧)، وبحر المذهب (٢٨٣/٧).

(٣) وذهب أبو يوسف ومحمد، عدم اشتراط إذن الإمام في إحياء الموات، وهو موافق لرأي الشافعية. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٣/٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٠)، والمبسوط (١٦/٣)، وتحفة الفقهاء (٣٢٢/٣)، وبدائع الصنائع (١٩٤/٦).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٤/٣)، والمبسوط (١٧/٣)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٦).

(٥) ينظر: مختصر المزني (٢٣٠/٨)، والإقناع (ص: ١١٨)، والحاوي الكبير (٤٧٩/٧)، وبحر المذهب (٢٨٤/٧)، والبيان (٤٧٥/٧).




إلى إذن الإمام كالاحتطاب والاحتشاش[(١)(٢)].

وإنما قلنا: مال مباح ؛ لأنه يملك باليد والاستيلاء بالاتفاق عندنا بدون الإذن[(٣)]، وعندكم عند الإذن[(٤)]، والسبب هو اليد والاستيلاء، والإذن شرط، والحكم يضاف إلى السبب لا إلى الشرط ؛ فدل أنه مباح، وإذا ثبت أنه مال مباح فلا يشترط فيه الإذن[(٥)].

والدليل على أنه مال مباح أيضًا أنه لو نقل التراب من الموات يجوز، ولا يمنع الإمام عن ذلك فدل أنه مباح[(٦)].

♦ ودليلهم: أنه مال مملوك لجميع المسلمين، فيعتبر في ملكها إذن جميع المسلمين، فيعتبر إذن من ينصب نائبًا عن المسلمين، والإمام نائب عن المسلمين[(٧)].

والدليل على أنها مملوكة لجميع المسلمين [أنها مملوكة للكفار، والدليل على أنها مملوكة لجميع المسلمين][(٨)] أنها خلقت للعباد على ما قال

---

(١) الاحتشاش: الفعل منه الحشيش، والحشيش: الكلأ. ينظر: العين (١٢/٣)، تهذيب اللغة (٢٥٣/٣).

(٢) ينظر: مختصر المزني (٢٣٠/٨)، والحاوي الكبير (٤٧٤/٧)، والإقناع (ص: ١١٨)، والتهذيب (٤٨٩/٤)، والبيان (٤٧٥/٧).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٣/٣)، والمبسوط (١٧/٣)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٦).

(٥) ينظر: مختصر المزني (٢٣٠/٨)، والحاوي الكبير (٤٧٤/٧)، والإقناع (ص: ١١٨)، والتهذيب (٤٨٩/٤)، والبيان (٤٧٥/٧).

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٤/٣)، والمبسوط (١٧/٣)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٦).

(٨) في هذا الموضع في المخطوط وردت عبارة «أنها مملوكة للكفار، والدليل على أنها مملوكة=




الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾(١).

وإذا كانت مخلوقة للعباد فلا بد أن تكون مباحة لهم(٢)، فإذا ثبت أنها مخلوقة على الإباحة فالكفار إذا استولوا عليها ملكوها بالاستيلاء، فالمسلمون إذا استولوا على الكفار وعلى أموالهم ملكوها، فدل أنها مملوكة للمسلمين، فيعتبر إذنهم إلا أنه لا يمكن، فاعتبرنا إذن الإمام لهذا المعنى، وخرج على هذا الحطب والحشيش، فإنه ليس بمملوك، بل هو مباح(٣).

الجواب: قولهم: مال مملوك للمسلمين.

قلنا: [ليس](٤) لا نُسَلِّم، بل هو مباح.

قولهم: بأن الأموال خلقت على الإباحة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل على الوقف، ثم ولئن سلمنا أنها خلقت في الأصل على الإباحة، لكن لا نسلم بأن الكفار إذا استولوا ملكوها، فإن أموال الكفار ملحقة بالمباحات، إلا أن المسلمين إذا استولوا على الأرض وعمروها

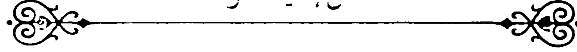
= لجميع المسلمين»، كما هي مثبتة في المتن، وبتأمل هذه العبارة نجد جملتين: الجملة الأولى: «أنها مملوكة للكفار»، وهذه تضاد المعنى، والجملة الثانية: «والدليل على أنها مملوكة لجميع المسلمين»، تكرار للجملة قبلها، وربما يكون هذا من سهو الناسخ فأخطأ في كتابتها، وبها يمكن إزالة الارتباك في السياق وفهمها بشكل صحيح، والله أعلم.

(١) سورة البقرة: آية ٢٩.

(٢) ينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: ٤٦٠).

(٣) ينظر:: المبسوط (١٧/٣)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٦).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «ليس»، وهذه الكلمة زائدة، وحذفها أولى؛ لأن هذه الكلمة لا تستقيم بها المعنى، والله أعلم.



وأحرزوها ملكوها والمسلمون ما تعرضوا للموات، فبقي على أصل الإباحة، والدليل: أن نقل التراب يجوز، فدل أنه مباح(١)، والله أعلم [١١٩/أ].



|١٤٨| مسألة:

الذمي(٢) لا يملك موات دار الإسلام بالإحياء عندنا، وإن أذن له الإمام(٣)، وعندهم يملكه بإذن الإمام(٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الذمي ليس من أهل دار الإسلام عندنا(٥)، خلافًا لهم(٦).

❊ دليلنا: أن الذمي ليس من أهل دار الإسلام، فلا يملك موات دار الإسلام بالإحياء. دليله: المستأمن(٧)(٨).

وإنما قلنا: أنه ليس من أهل دار الإسلام الحقيقة والحكم:

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٩/٧)، وبحر المذهب (٢٨٤/٧).

(٢) الذمي: المعاهد الذي أومن على شروط استوثق منه بها، وعلى جزية يؤديها، فإن لم يف بها حل سفك دمه. ينظر: تهذيب اللغة (٩٩/١)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص: ٢٣٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٣٣٩/٣)، والتنبية (ص: ١٢٩)، ونهاية المطلب (٢٨٥/٨)، وبحر المذهب (٢٨١/٧)، والتهذيب (٤٩٠/٤).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٢/٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٠)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٧/٧)، وبحر المذهب (٢٨١/٧).

(٦) ينظر شرح مختصر الطحاوي (٤٤٤/٣)، وبدائع الصنائع (١٩٥/٦).

(٧) المستأمن: هو الحربي الذي دخل دار الإسلام بأمان. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٣٢٥).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٧/٧)، وبحر المذهب (٢٨١/٧).




أما الحقيقة: فلأنه يقال: دار الإسلام تضاف إلى أهل الإسلام، ولو قلنا: بأن الذمي من أهل هذه الدار، فلا يكون حينئذٍ هذا دار الإسلام.

وأما الحكم: فلأنه لا يستوطن دار الإسلام إلا بعوض، وهو الجزية[١]، ولأنهم يمنعون من استعلاء الأبنية ويلجؤون إلى أضيق الطرق[٢]، فدل أنه ليس من أهل دار الإسلام، فوجب أن لا يملك موات دار الإسلام؛ لأنَّا لو قلنا: يملك، يؤدي إلى أن يصير أصلًا من أصول دار الإسلام، ومن لم يكن من أهل دار الإسلام لا يجوز أن يصير أصلًا من أصول دار الإسلام[٣].

وإنما قلنا: يصير أصلًا بالإحياء؛ لأن الموات قطعة من أصول دار الإسلام، فلو قلنا: بأنه يملك بالإحياء، يؤدي إلى أن يصير أصلًا؛ لأن الأصل اسم لما يقوم بنفسه، ويستغنى عن غيره، وغيره يقوم به[٤]، والتبع اسم لما لا يستغني عن غيره، ويقوم بغيره[٥]، فلو قلنا: بأنه يملك بالإحياء هذا الموات ملك ابتداء من غير أن يكون بناء على ملك الغير، بل ملك الغير بناء على ملكه، فيؤدي إلى أن يصير أصلًا، فلا يجوز للمعنى الذي بَيَّنَّا[٦].

❁ ودليلهم: أن الإحياء سبب من أسباب الملك، فوجب أن يستوي فيه

---

(١) الجزية: هي المال المأخوذ منهم على رقابهم. ينظر: تهذيب اللغة (١٠١/١١)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص: ١٨٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٩/١٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٧/٧)، وبحر المذهب (٢٨١/٧).

(٤) ينظر: التعريفات (ص: ٢٨).

(٥) ينظر: الكليات (ص: ٣١٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٧/٧)، وبحر المذهب (٢٨١/٧).

المسلم والذمي ، دليله: سائر الأسباب ؛ نحو الشراء وغيره[١].

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن السبب لا يراد لعينه ، وإنما يراد لحكمه ، وحكمه الملك ، والكافر والمسلم يستويان في الملك ؛ لأنه من حطام الدنيا ، والكافر والمسلم يستويان في حطام الدنيا ، بل حظ الكافر أوفر من الدنيا على ما لا حقا به ، ويشهد له الكتاب[٢] والسنة[٣][٤].

ولا يقال: بأن الذمي ليس من أهل دار الإسلام ، وهذا جزء من دار الإسلام ؛ لأن الذمي من أهل دار الإسلام ، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأنه يستوطن دار الإسلام على التأبيد كالمسلم.

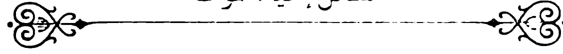
وأما الحكم: فلأنه لو أراد اللحوق بدار الحرب فإن الإمام لا يمكنه من ذلك ، فدل أنه من [١١٩/ب] أهل دار الإسلام[٥] ، فوجب أن يملك[٦].

الجواب:

قولهم: بأن الإحياء سبب من أسباب الملك.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٤٤٤) ، وبدائع الصنائع (٦/١٩٥).
(٢) ومن الأدلة على ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿مَن كَانَ يُرِيدُ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَٰلَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُبْخَسُونَ﴾ سورة هود: آية ١٥.
(٣) ومما يدل على ذلك حديث أبي هريرة ، - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «الدنيا سجن المؤمن ، وجنة الكافر» أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب: الزهد والرقائق ، (٤/٢٢٧٢) ، برقم: (٢٩٥٦).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/٤٤٤) ، وبدائع الصنائع (٦/١٩٥).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١٠٩).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٦/١٩٥).



قلنا: بلى، لكنه سبب يصير الذمي به أصلًا من أصول دار الإسلام، فلا يجوز أن يستوي فيه المسلم والذمي على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الذمي من أهل دار الإسلام.

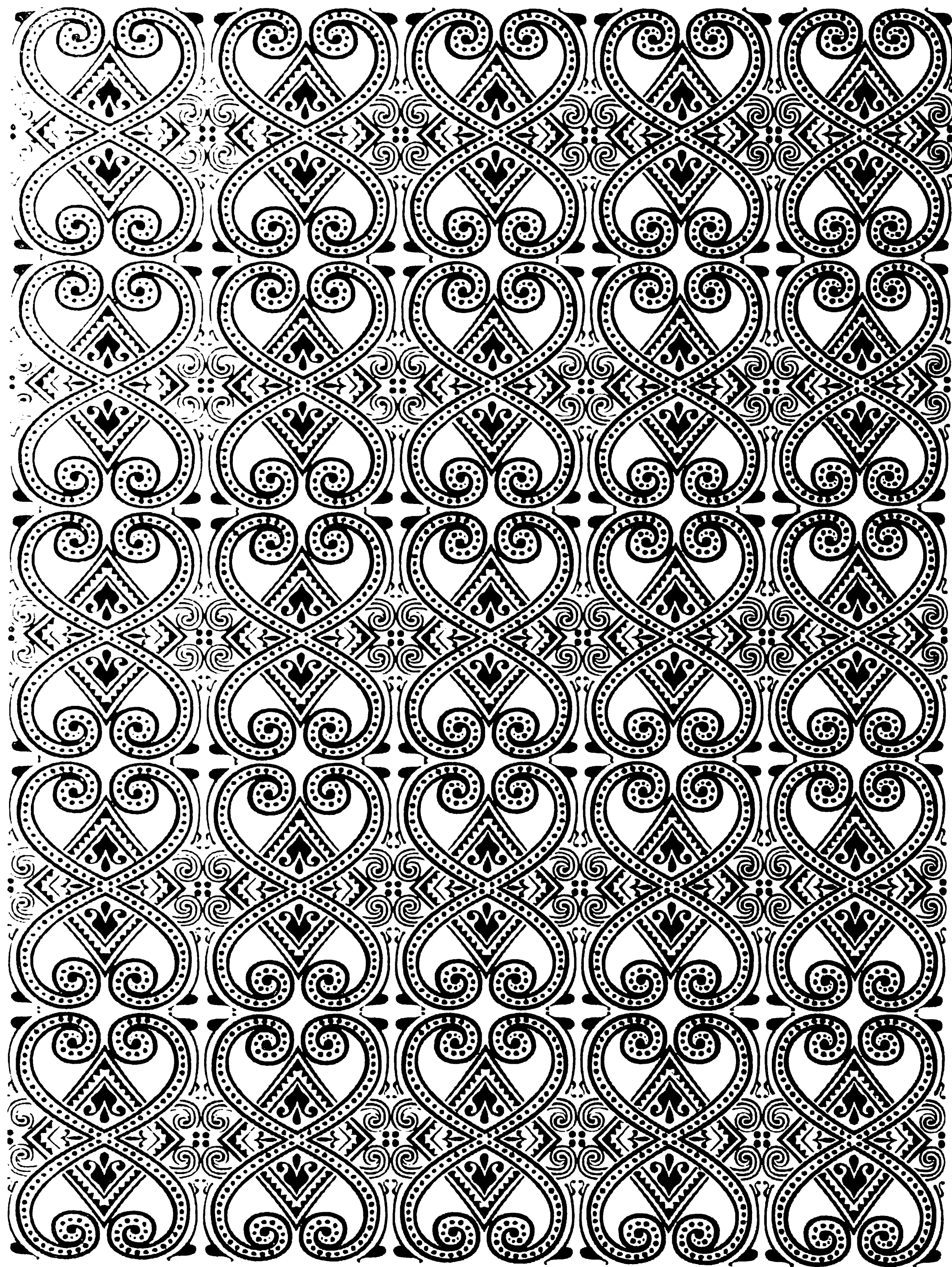
قلنا: لا نُسَلِّم على ما بَيَّنَّا.

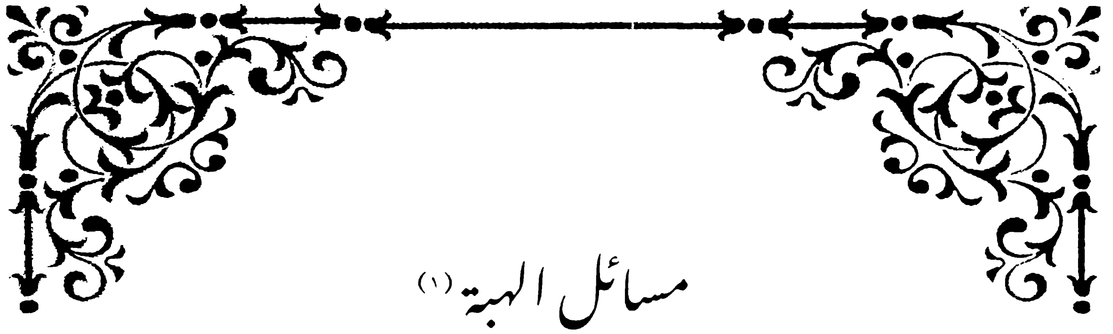
قولهم: يستوطن دار الإسلام.

قلنا: بلى يستوطن، لكن لا يستوطن على الوجه الذي يستوطن المسلم على ما بَيَّنَّا، وخرج على هذا الحطب؛ لأنه ليس بجزء من أجزاء دار الإسلام، بل هو تبع في دار الإسلام[1]، والله أعلم بالصواب.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٤٧٧)، وبحر المذهب (٧/٢٨١).





مسائل الهبة(١)

|١٤٩| مسألة:

إذا وهب شيئًا من أجنبي وسلم إليه ثم أراد الرجوع ليس له ذلك عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

وحكم [الوقعين](٤) فيما إذا وهب من ولده أو والده وسلم إليه بالعكس من ذلك.

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن عقد الهبة حيث وقع يقع لازمًا، وإنما يقع جائزًا بعارض دليل عندنا(٥)، وعندهم يقع جائزًا أين ما وقع، ولزومهم بعارض دليل(٦).

---

(١) الهبة لغة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا، وهو من أبنية المبالغة. ينظر: مقاييس اللغة (١٤٧/٦)، ولسان العرب (٨٠٣/١). والهبة اصطلاحا: عرفها الحنفية بأنها: تمليك لمال بلا عوض في حال الحياة، وعرفها الشافعية: تمليك العين بغير عوض في حال الحياة. ينظر: البناية (١٥٩/١٠)، ودرر الحكام (٢١٧/٢)، والبيان (١٠٧/٨)، ومنهاج الطالبين (ص: ١٧١).

(٢) ينظر: الأم (١٢١/٧)، والإقناع (ص: ١٢٠)، والحاوي الكبير (٥٤٦/٧)، وبحر المذهب (٢٤٥/٧).

(٣) ينظر: النتف (٥١٥/١)، والمبسوط (٤٩/١٢)، بدائع الصنائع (١٢٨/٦).

(٤) هكذا في الأصل.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٦/٧)، وبحر المذهب (٢٤٥/٧).

(٦) ينظر: المبسوط (٤٩/١٢)، وبدائع الصنائع (١٢٨/٦).




❊ دليلنا: أنه عقد تمليك تم به زوال الملك، فلا يثبت الرجوع بنفسه، دليله: البيع(١).

وقولنا: عقد تمليك، لا إشكال فيه، فإذا ثبت هذا نقول: عقد التمليك إذا تم وأقام الملك فإنه لا يثبت نقضه وفسخه إلا بسبب مؤثر، ولم يوجد سبب، فلا يثبت، يدل عليه أن النقض والفسخ إنما يلاقي ملك الغير؛ لأنه انتزاع الملك من يد الموهوب منه، فلا يثبت إلا بولاية عليه، وليس للواهب ولاية عليه، فلا ينفذ تصرفه.

وهذا الفقه؛ وهو أن الملك قد لزم وتأكد، لأن السبب لازم، لأن اللزوم يبنى على كمال الرضا، والرضا قد تم؛ لأن الواهب بعقد الهبة بذل ما يبذل في إزالة الأملاك، وبالتسليم بذل ما يبذل في إزالة الأيدي، فقد تم الرضا فلزم العقد، وإذا لزم لا يثبت الرجوع(٢).

وعلى هذا الأصل ينبغي أن لا يثبت في حق الأب، إلا أنَّا أثبتناه بالنص(٣)، وفي حق الغير بقي على الأصل الذي بَيَّنَّا(٤).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٦/٧)، وبحر المذهب (٢٤٥/٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٧/٧)، وبحر المذهب (٢٤٥/٧).

(٣) من النصوص التي وردت أن للأب الرجوع في الهبة، حديث النعمان بن بشير، أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاما، فقال: «أكل ولدك نحلت مثله»، قال: لا، قال: «فارجعه». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: الهبة للولد، وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجز، حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله، ولا يشهد عليه، (١٥٧/٣)، برقم: ٢٥٨٦، ومسلم في صحيحه، كتاب: الهبات، باب: كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، (١٢٤١/٣)، برقم: ١٦٢٣.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥٤٧/٧)، وبحر المذهب (٢٤٥/٧).

❁ ودليلهم: أنه عقد تمليك قابل للفسخ، فإذا تخلف عنه المقصود يثبت للعاقد حق الفسخ كالبيع[1].

وقولنا: عقد تمليك لا إشكال فيه، وإنما قلنا: قابل للفسخ لأنهما إذا تفاسخا يجوز.

وإنما قلنا: تخلف عنه المقصود؛ لأن المقصود هو العوض والمكافأة، بدليل الشرع والعرف واللغة:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [١٢٠/أ][2] فالله تعالى أمر بالمكافأة[3]، فدل أنه مقصود.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من اصطنع إليكم معروفًا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه فادعوا له بالخير حتى تعلموا أنكم قد كافأتموه»[4].

وأما اللغة: فإن الاصطناع والمعروف بالمال يعد قرضًا، والقرض يقتضي الجزاء[5]، والدليل قول لبيد[6]:

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٩/١٢)، وبدائع الصنائع (١٢٨/٦).

(٢) سورة النساء: آية ٨٦.

(٣) ينظر: تفسير السمرقندي (٣٢٣/١).

(٤) رواه أبو داود في سننه، باب عطية من سأل بالله (٥٢/٢)، برقم: ١٦٧٤، والنسائي في سننه بلفظ «ومن آتى إليكم معروفا...»، باب من سأل بالله ﷻ، (٨٢/٥)، برقم: ٢٥٦٧، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط الشيخين، ولم يخرجاه للخلاف الذي بين أصحاب الأعمش فيه، وقال الألباني: حديث صحيح. ينظر: المستدرك على الصحيحين للحاكم (٥٧٢/١)، وإرواء الغليل (٦٠/٦).

(٥) ينظر: تهذيب اللغة (٢٦٦/٨)، ولسان العرب (٢١٧/٧).

(٦) لَبِيد بن رَبِيعَة بن عامرِ بن مالك الشّاعر حكت عنه عائشة، رضي الله عنها، وترحّمت عليه، وصدّقه النبي ﷺ في بيْت قالهُ. قالَ مالك بن أنس: عاش لبيد مائةً وستّين سنة، ذكره بعض المتأخرين في=

فإذا جوزيت قرضا فاجزه إنما تجزي الفتى ليس الجمل[١]

وأما العرف: فإن المتعارف فيما بين الناس أنهم يقصدون بالهبة المكافأة والعوض.

والدليل على أن المعتاد هذا أن الله تعالى أدب نبيه ﷺ وقال: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾[٢]؛ يعني: لا تعطي حتى تأخذ أكثر من ذلك[٣]، وإنما أدبه؛ لأنه ﷺ مجبول على عادات الناس، فلولا أنهم يتعارفون ذلك، وإلا لما أدبه بترك العوض والعادة المتعارفة، فإذا ثبت أن العوض مقصود عرفًا فنقول: المعتاد المتعارف فيما بين الناس جعل كالمشروط في العقد[٤] فصار كأنه شرط العوض، ولو شرط ثم اختلف يثبت له الرجوع كذلك ها هنا[٥].

الجواب:

قولهم: عقد تخلف عنه مقصوده.

قلنا: لا نُسَلِّم، فإن مقصود العقد موجبه، وموجبه متصل بالعقد؛ لأن موجبه الملك، وقد اتصل بالعقد.

قولهم: بأن المقصود هو العوض.

= الصّحابة، وتوفي سنة ٤١هـ. ينظر: معرفة الصحابة (٥/٢٤٢١). والاستيعاب (٣/١٣٣٨)، وتاريخ الإسلام (٢/٤٣٦).

(١) ينظر: ديوان لبيد (ص: ٩١).

(٢) سورة المدثر: آية ٦.

(٣) ينظر: تفسير الطبري (٢٣/١٤).

(٤) ينظر: فصول البدائع (٢/٣٧٧).

(٥) ينظر: المبسوط (١٢/٤٩)، وبدائع الصنائع (٦/١٢٨).

قلنا: هذا فاسد؛ لأن هذا عقد تبرع، والتبرع عبارة عما هو خالٍ عن العوض[1]، وإذا اتصل به العوض يكون معاوضة، ولا يكون تبرعًا، وأما الذي تعلق به من الدلائل قلنا: ذاك يدل عن الندب والاستحقاق، لا على الحتم والإيجاب، وهكذا نقول: أن المجازاة والمكافأة مندوبة مستحقة، ولا كلام فيه، إنما الكلام في الاستحقاق، وقد بَيَّنَّا أنه لا يقتضي العوض استحقاقًا؛ لأنه تبرع على ما بَيَّنَّا، والله أعلم.



|١٥٠| مسألة:

هبة المشاع صحيحة؛ سواء كان مما يحتمل القسمة، أو مما لا يحتملها عندنا[٢]، وعندهم لا تصح فيما يحتملها[٣]، ووافقونا في غير المحتمل[٤].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن القبض يتم بدون القسمة عندنا[٥]، وعندهم لا يتم القبض في المشاع[٦].

❊ دليلنا: أنه عقد تمليك، فيصح مفيدًا للملك في المشاع، كالبيع[٧].

---

(١) ينظر: العين (١٣٥/٢)، والتعريفات (ص: ٢٥٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٥٣٤/٧)، والمهذب (٣٣٣/٢)، وبحر المذهب (٢٣٤/٧)، والتهذيب (٥٢٩/٤)، والبيان (١١٩/٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٩/٤)، ومختصر القدوري (ص: ١٢٤)، والمبسوط (٦٤/١٢)، وتحفة الفقهاء (١٦١/٣)، وبدائع الصنائع (١١٩/٦).

(٤) ينظر: المبسوط (٦٤/١٢)، وتحفة الفقهاء (١٦١/٣)، والمهذب (٣٣٣/٢)، والبيان (١١٩/٨).

(٥) ينظر: المهذب (٣٣٣/٢).

(٦) ينظر: المبسوط (٦٥/١٢)، وتحفة الفقهاء (١٦٢/٣)، وبدائع الصنائع (١٢٠/٦).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٥٣٤/٧)، والمهذب (٣٣٣/٢)، وبحر المذهب (٢٣٤/٧).

وهذا لأن عقد التمليك يعتمد الأهلية والمحلية، واقتران الشرط به إن نظرنا إلى الأهلية فقد وجدت، وإن نظرنا إلى المحلية فقد وجدت أيضًا؛ لأنه لما كان عقد تمليك فمحله ما هو قابل للملك، والمشاع قابل للملك.

وصح قولنا: اقترن به الشرط أيضًا؛ لأن الشرط [١٢٠/ب] هو القبض، وقد وجد؛ لأن القبض في كل شيء على حسب ما يليق به[١]، فقبض المشاع بقبض الكل[٢]، وقد وجد؛ ولأن القبض هو الاحتواء على الشيء والتمكن منه حفظًا وتصرفًا، وأما قبض المشاع فقد تمكن منه حفظًا وتصرفًا؛ ولأن القبض ليس إلا تحصيل الشيء في يده، وإذا قبض الكل فقد حصل المشاع في يده، فدل أن القبض قد وجد بتمامه، ولهذا إذا لم يكن محتملًا القسمة فإنه يصح ويفيد الملك، فلولا أن القبض قد تم بدون القسمة، وإلا لما صح؛ لأن الحكم إنما علق بشرط، فما لم يوجد بتمامه لا يثبت ذلك الحكم، وها هنا لما ثبت في المشاع الذي لا يحتمل القسمة دل أنه تم بدون القسمة[٣].

❖ **ودليلهم**: أن القبض ركن في باب الهبة، وهو في الهبة بمنزلة القبول في البيع[٤].

والدليل عليه: أن الهبة لا يفيد الملك إلا بعد القبض[٥]، كالبيع لا يفيد الملك إلا بعد القبول، وإذا ثبت أن القبض ركن في الهبة، فلا بد من وجود

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨/٦).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٢٥١/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٥٣٤/٧)، والمهذب (٣٣٣/٢)، وبحر المذهب (٢٣٤/٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٦٥/١٢)، وتحفة الفقهاء (١٦٢/٣)، وبدائع الصنائع (١٢٠/٦).

(٥) ينظر: المبسوط (٤٨/١٢)، وتحفة الفقهاء (١٦١/٣).




الركن بتمامه حتى يفيد الملك، والقسمة من تتمة القبض؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: وهو أن القبض جمع الأشياء في يده، وفي تزاحمه واحتواء اليد على الشيء، وذلك إنما يكون بكون الشيء في محل واحد، والمشاع أجزاء متفرقة، والإجتماع إنما يكون بالقسمة؛ لأن القسمة ليس إلا جمع الأشياء في حيز واحد، فدل أن القسمة من تتمة القبض.

وأما الحكم: فلأنه لو اشترى شقصًا(١) مشفوعًا، وقاسم المشتري مع البائع، فالشفيع إذا جاء وأخذ بالشفعة(٢)، فإنه لا ينقض عليه القسمة، والشفيع ينقض كل شيء إلا القبض؛ فلذلك لو اشترى شيئا مشتركًا، فإن المشتري يتمكن من مطالبة البائع بالقسمة، ولا يتمكن من المطالبة بشيء آخر سوى القبض، فدل أنه من تتمة القبض(٣).

ولا يلزم هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة؛ لأنه لا يتصور فيه القبض من كل وجه، فيُكتفى بما لا يمكن ويتصور بخلاف مسألتنا(٤).

---

(١) الشقص: طائفة من الشيء، تقول: أعطاه شقصا من ماله. ينظر: تهذيب اللغة (٨/٢٤٥)، مقاييس اللغة (٣/٢٠٤).

(٢) الشفعة لغة: الزيادة، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي تزيده بها، ينظر: تهذيب اللغة (١/٢٧٨)، حلية الفقهاء (ص: ١٥٥). وفي الاصطلاح: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث بسبب الشركة بالعوض الذي ملك به. ينظر: النجم الوهاج (٥/٢٢١).

(٣) ينظر: المبسوط (١٢/٦٥)، وتحفة الفقهاء (٣/١٦٢)، وبدائع الصنائع (٦/١٢٠).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.




الجواب:

قولهم: بأن القبض ركن في الهبة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو شرط؛ لأن الهبة عقد والقبض فعل، والأفعال لا تكون ركنًا في العقود، وإن سلمنا أن القبض ركن لكنه وجه.

قولهم: بأن القبض لا يتم بدون القسمة،

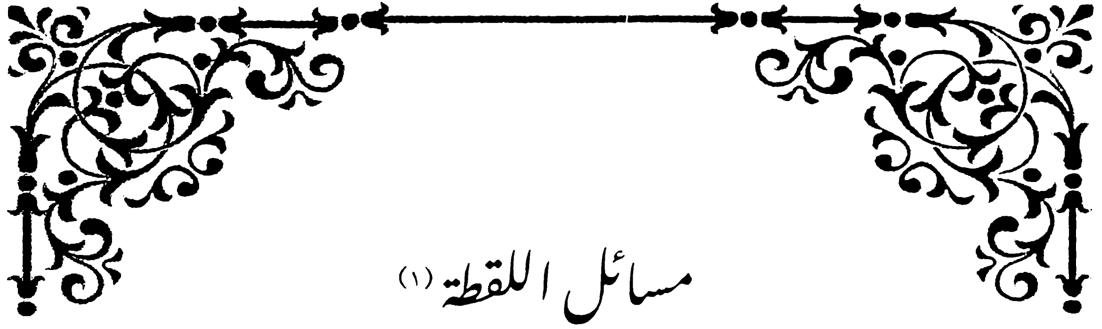
قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن القسمة من تتمة القبض.

قلنا: لا نُسَلِّم بأن القبض هو التحصيل، والقسمة إقرار الحق عن الشيء وتمييز الأنصباء، والإقرار غير والتحصيل غير، يدل عليه، وهو أن القسمة لا يزداد القبض في نصيبه؛ لأن بالقسمة أقصى ما في الباب أنه خرج البعض عن ملكه، وبأن خرج البعض عن قبضه، وملكه هذا [١٢١/أ] لا يدل على أنه ازداد القبض في نصيبه، فدل أن القبض قد تم بدون القسمة.

أما الشفيع قلنا: الشفيع لا ينقض على المشتري جميع التصرفات، وإنما ينقض تصرفًا مضرًا به، وهذا لا يضر به، أما مطالبة المشتري بالقيمة لنا فيه تفصيل، إن قلنا: أن القسمة تمليك لا يتمكن، وإن قلنا: إقرار الملك يتمكن، وإنما يتمكن لإقرار الملك، لا لأنه من تتمة القبض، والله أعلم.



مسائل اللقطة (١)

|١٥١| مسألة:

من التقط لقطة يجب عليه أن يعرفها سنة(٢).

ثم بعد ذلك إن لم يجد مالكها فإنه مخير بين أن يمسكها إلى أن يظفر بمالكها فيسلمها إليه، وبين أن يتملكها بشرط الضمان؛ سواء كان فقيرًا أو غنيًا عندنا(٣)، وعندهم بعد التعريف مخير بين ثلاثة أشياء إن كان فقيرًا: بين أن يملك، وبين أن ينفق على نفسه، وبين أن يتصدق، وإن كان غنيًا: فبين أن يتصدق، وبين أن يمسك، [أما](٤) لا يجوز أن يتملك بشرط الضمان(٥).

---

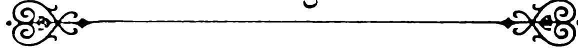
(١) اللقطة لغة: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه. وكذلك المنبوذ من الصبيان لقطة. ينظر: تهذيب اللغة (١٦/٩)، ومقاييس اللغة (٢٦٢/٥). واللقطة اصطلاحا: عرفها الحنفية بأنها: ما يلتقط مما يوجد مطروحا على الأرض، من الأموال من غير الحيوان، وعرفها الشافعية بأنها: ما وجد من حق ضائع محترم، غير محرز، لا يعرف الواجد مستحقه. ينظر: تحفة الفقهاء (٣٥١/٣)، والاختيار (٣٢/٣)، وأسنى المطالب (٤٨٧/٢)، والغرر البهية (٣٩٣/٣).

(٢) والرأي الآخر للحنفية أنه يفوض إلى رأي الملتقط، فيعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك. ينظر: المبسوط (٣/١١)، والحاوي الكبير (٩/٨).

(٣) ينظر: الأم (٢٣٨/٧)، ومختصر المزني (٢٣٥/٨)، والحاوي الكبير (٩/٨)، والتهذيب (٥٥٠/٤)، والبيان (٥٣١/٧).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة «أما»، ويبدو أنها من سهو الناسخ، والصحيح قوله: «و»، لاستقامة السياق، والله أعلم.

(٥) ينظر: النتف (٥٨٦/٢)، والمبسوط (٣/١١)، وتحفة الفقهاء (٣٥٥/٣)، وبدائع الصنائع (٢٠٢/٦).



ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الجهة المشروعة في اللقطة هو التملك بشرط الضمان عندنا[١]، وعندهم التصدق هي الجهة المشروعة[٢].

❊ دليلنا: أن اللقطة بعد التعريف سنة، مال غائب في يده، والجهة المشروعة في مال الغائب هو الحفظ[٣].

والدليل على أن الجهة هذا أن الإمساك جائز، وإنما يجوز؛ لأن المشروع هو الحفظ، وإذا ثبت هذا فنقول: التملك بجهة الضمان حفظ المال من حيث المعنى؛ لأنه إذا تملك بشرط الضمان يجب الضمان في ذمته، والضمان بدل المال، والبدل يقوم مقام المبدل[٤]، فصار كأنه حفظ المال في الذمة، والحفظ في الذمة أبلغ من الحفظ في البيت؛ لأنه لا يأتي عليه التوي[٥] والتلف[٦].

ثم لما جاز الإمساك لكونه حفظًا؛ فلأن يجوز التملك بشرط الضمان أولى، ولأن ما صرتم إليه يؤدي إلى أن تصير جهة التصدق جهة الضمان، وهذا خلاف قضية الشرع، ولأنه إذا تصدق فلا يخلو؛ إما أن يكون وقعت للمالك، أو له؟! بطل أن يقال للمالك؛ لأنه لا ولاية للملتقط على المالك

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٠)، والمهذب (٢/٣٠٦).

(٢) ينظر: المبسوط (١١/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٠)، المهذب (٢/٣٠٦).

(٤) ينظر: المحصول للرازي (٢/١١٦).

(٥) التوى: ذهاب مال لا يرجى، والفعل منه توي يتوى توى، أي ذهب، وأتوى فلان ماله فتوى، أي ذهب به. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/٢٤٩)، ومختار الصحاح (ص: ٤٧).

(٦) التلف: عطب وهلاك وذهاب في كل شيء، والفعل تلف يتلف تلفا. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/٢٠٢)، ومجمل اللغة لابن فارس (ص: ١٥٠)

حتى يتصدق بماله، ولأنه لو وقع على المالك وجب أن لا يجوز له التضمين، وعنده يجوز إذا لم يرض بالتصدق[1]، وبطل أن يقال: وقع له، [لأنه لا يكون حينئذ أيضًا لا إليه][2]، فدل أنه لا يستقيم[3].

❖ ودليلهم: أن الواجب إيصال المال إلى المالك؛ بدليل: أن التعريف واجب[4].

وإنما يجب الإيصال إلى المال صورة ومعنى؛ لأن المالك يستخبر عن الملك، فإذا عرف ولم يخبر المالك تعذر الإيصال صورة ومعنى [١٢١/ب]، فيجب الإيصال معنى، والتصدق إيصال معنى؛ لأنه إذا تصدق وحصل له الثواب والأجر عوض ماله، فإذا وصل إليه عوض ماله فقد وصل إليه المال معنى، فيتعين ذلك[5].

الجواب:

قولهم: الواجب هو الإيصال.

قلنا: أولًا: لا نُسَلِّم، وكيف وأن الإمساك جائز؟! والإمساك ترك الإيصال لأنه حفظ، والتحفظ ترك الإيصال، ولو صار إيصالًا فإن ما يصير في ثاني الحال، وذلك شيء موهوم، فوجب أن لا يجوز الإمساك، فلما جاز

(١) ينظر: المبسوط (١١/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٢).
(٢) هكذا كتبت في الأصل.
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٠)، والمهذب (٢/٣٠٦).
(٤) ينظر: المبسوط (١١/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٢).
(٥) ينظر: المبسوط (١١/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٢).




دل أن الواجب هو الحفظ ، لا ما قلتم ، ثم وإن سلمنا أن الواجب هو الإيصال ولكن لا نُسَلِّم بأن في الحال هذا إيصال ؛ لأنه موقوف إلى أن يجيء المالك ، ولو كان إيصالاً فالمالك لم يرض ذلك ، وجب أن لا يعم ، فلما ضمن دل أنه ليس بإيصال في الحال ، فنقول: هذا ليس بإيصال في الحال ، والتملك ليس بإيصال في الحال .

نقول: ما صرنا إليه أولى ؛ لأن ذلك خلاف قضية الشرع ، وهو التصدق بجهة الضمان ، أما التملك بشرط الضمان فعلى وفاق قضية الشرع ، فالمصير إليه[١] ، والله أعلم .



١٥٢| مسألة:

[صبي][٢] العاقل إذا تلفظ بكلمتي الشهادتين لا يحكم بصحة الإسلام في أقيس الوجوه[٣] ، ويحكم بصحته في الثاني[٤] ، وهو مذهبهم[٥] ، ويفرق في الثالث بين أحكام الدنيا وأحكام الآخرة ، فيقضي بصحته في أحكام الآخرة[٦] .

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٠).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «صبي» والأولى قوله: «الصبي» ، والله أعلم.

(٣) قال الماوردي: «الضرب الثاني: أن يكون مراهقا مميزا يصل بذهنه إلى معرفة الحق من الباطل ويميز ما بين الشبهة والدليل ففي الحكم بإسلامه إذا وصفه على شروطه ثلاثة أوجه: أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشافعي إنه لا يصير مسلما». الحاوي الكبير (٨/٤٦).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٠٩)، والحاوي الكبير (٨/٤٦)، ونهاية المطلب (٨/٥٢٠)، وبحر المذهب (٧/٣٦٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٣٠)، والمبسوط (١٠/١٢٠)،، وبدائع الصنائع (٧/١٠٤).

(٦) ينظر: التنبية (ص: ٢٣٩)، ونهاية المطلب (٨/٥٢٠).




ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الإسلام لا يتصور وجوده منه عندنا[١]، وعندهم يتصور[٢].

❊ دليلنا: أنه لو لم يوجد منه الإسلام فلا يصح ؛ لأن الصحة تبنى على الوجود، وإذا لم يوجد لا يمكن القول بالصحة[٣].

والدليل على أنه لم يوجد أن وجود الإسلام يبنى على كمال العقل، وعقله ناقص، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن العقل من باطن لا يمكن الاطلاع عليه، فالشرع جعل الكمال علمًا، وهو البلوغ عن عقل[٤]، فإذا لم يوجد البلوغ يكون ناقصًا.

وأما الحكم: فلأنه لا يتوجه عليه التكاليف، ولو كان العقل كاملًا لتوجهت عليه[٥]، وإذا ثبت أن عقله ناقص فلا يتصور منه الإسلام ؛ لأنه من

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٦/٨)، وبحر المذهب (٣٦٢/٧)، والبيان (١٧١/١٢).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٣١/٦)، والمبسوط (١٢١/١٠)، وبدائع الصنائع (١٠٤/٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٤٦/٨)، وبحر المذهب (٣٦٢/٧)، والبيان (١٧١/١٢).

(٤) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ سورة النساء: آية ٤.

(٥) ومما يدل على ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ عرضه يوم أحد، وهو ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني ثم عرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني»، قال نافع فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو خليفة، فحدثته هذا الحديث فقال: «إن هذا لحد بين الصغير والكبير، وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة» رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات، باب: بلوغ الصبيان وشهادتهم، (١٧٧/٣)، برقم: ٢٦٦٤.




أشرف العقود وأكملها، ولا يقال إلا بعقل كامل، ولأن الركن في الإسلام هو الاعتقاد، والاعتقاد إنما يتحقق بعد انحلال الشبهة وإزالة الإشكالات، إذ الإسلام ذو شبهات عظيمة، وذو إشكالات كثيرة.

ولهذا [١٢٢/أ] إذا أصاب واحد، ويهلك فيه جماعة، وإذا كان على هذا الوجه، فالاعتقاد بعد انحلال الشبه يكون، وانحلال الشبه إنما يكون بالعقل الكامل؛ لأن انحلال الشبه إنما يكون بالنظر التام، والنظر التام إنما يكون بالعقل الكامل، فإذا لم يكمل العقل لا يتم النظر، وإذا لم يتم النظر لانتزاع الشبه فلا يحصل الاعتقاد الذي هو ركن، يدل عليه: أن انحلال الشبه أمر باطن، فأقمنا السبب الظاهر مقامه، وهو الدليل، ولهذا حكمنا بإسلام العوام لأنَّا أقمنا العقل الكامل مقام انحلال الشبه، وها هنا لم يوجد في حق الصبي، فلا يحكم بوجود الإسلام[١].

♦ ودليلهم: أنه وجد منه الإسلام، فلا بد من القول بالصحة، دليله: البالغ[٢].

وإنما قلنا: أن الإسلام قد وجد؛ لأن الإسلام إقرار باللسان واعتقاد بالقلب[٣]، وقد وجد، أما الإقرار: فإنه مسموع، وأما الاعتقاد: فقد وجد؛ لأنه أخبر عن الاعتقاد على ما هو به، وهو من أهل الاعتقاد بعقله وتمييزه، والأصل أن من كان من أهل الاعتقاد إذا أخبر عن الاعتقاد يحكم بوجود

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٦/٨)، وبحر المذهب (٣٦٢/٧)، والبيان (١٧١/١٢).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٣١/٦)، والمبسوط (١٢١/١٠)، وبدائع الصنائع (١٠٤/٧).

(٣) ينظر: الإيمان لابن تيمية (ص: ٢٥٩).




الاعتقاد، ولأنه صح منه الاعتقاد بسائر الموجودات؛ فلأن يصح بموجد الوجود أولى، ولأن الكلام إنما وقع في صبي عاقل مميز بحيث لو ناظر جاهلًا أفهمه، ولو ناظر ملحدًا أفحمه، ومثل هذا الصبي من أهل الاعتقاد ضرورة فدل أن الإسلام قد وجد، وإذا وجد لا بد من القول بالصحة؛ لأن الإسلام بعدما وجد لا يقبل تأخير الصحة عنه، لأنَّا لو أخرنا إنما أخرنا لعذر الصبي، والإسلام لا يمنع صحته بعد البلوغ بعذر ما، فلا يمتنع بعذر الصبي، ولأنه يؤدي إلى الحجر على الصبي، والحجر لا يجوز في الإسلام؛ لأنه واجب الإيجاد، والحجر عليه يكون كفرًا[(١)].

الجواب:

قولهم: بأنه أخبر عن الاعتقاد.

قلنا: [الاعتماد على الإخبار][(٢)]؛ لأن الإخبار محتمل، فيحتمل أنه أخبر عن اعتقاد، ويحتمل أنه عن حفظ وتلقين.

وقولهم: بأنه أهل الاعتقاد.

قلنا: لا نُسَلِّم، لما بَيَّنَّا أن أهلية الاعتقاد بالعقل الكامل، ولم يوجد.

قولهم: بأن الكلام في صبي مناظر ومجادل ويحل ألسنة.

قلنا: المناظرة تدل على الاعتقاد؛ لأنه رب مناظر يناظر ويفهم ويفحم،

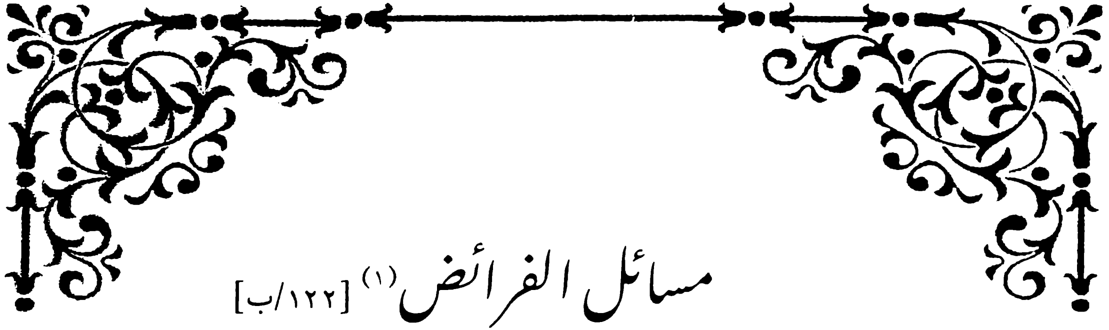
(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٣١/٦)، والمبسوط (١٢١/١٠)، وبدائع الصنائع (١٠٤/٧).
(٢) هكذا كتبت في الأصل.




والشبهات متماثلة في صدره؛ لأنه ربما ناظر عن حفظ وتلقين على ما بَيَّنَّا.

والدليل على عدم تصور الإسلام أنه لو تصور لوجب عليه الإسلام؛ لأنه لا يتصور الإسلام إلا فرضًا، وها هنا لما لم يجب دل أنه لا يتصور، والله أعلم.



مسائل الفرائض[1] [١٢٢/ب]

|١٥٣| مسألة:

ذووا الأرحام[2] لا يرثون عندنا[3]، خلافا له[4].

❊ دليلنا: أن أصل الفرائض ومقاديرها لا يمكن إثباتها قياسًا، بل ثبت نصًا[5][6].

بدليل: أنه لو ثبت بمعنى فلا يخلو إما أن كان لأجل الشفقة، أو لأجل القرابة، لا يقال: لأجل الشفقة؛ لأنَّا نرى أن الأشفق لا يرث، ومن لا شفقة له يرث، حتى أن أبا الأم لا يرث، ومولى العتاقة يرث.

---

(١) الفرائض: جمع فريضة، وهي: علم تعرف به قسمة المواريث الشرعية. وأصله من الفرض، وهو: الحز في الشيء. ينظر: مختار الصحاح (ص: ٢٣٧)، والمعجم الوسيط (٦٨٣/٢). والفرائض اصطلاحا: عرفها الحنفية بأنها: سهام مقدرة مقطوعة مبينة، ثبتت بدليل مقطوع به، وعرفها الشافعية بأنها: نصيب مُقَدّر شرعا لمستحقه. ينظر: الاختيار (٨٤/٥)، وأسنى المطالب (٣/٣).

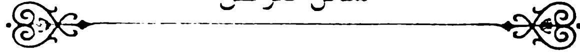
(٢) ذووا الأرحام: هم كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة. ينظر: التعريفات (ص: ١٠٨).

(٣) ينظر: الأم (٨٤/٤)، والحاوي الكبير (٧٣/٨)، ونهاية المطلب (٢٠/٩).

(٤) ينظر: النتف (٨٤٦/٢)، والمبسوط (٣/٣٠)، ومختصر القدوري (ص: ٢٤٧). شرح مختصر الطحاوي (١٢٨/٤).

(٥) قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ سورة النساء: آية ١١. ومعنى يوصيكم ها هنا: قال الزجاج: «أي: يفرض عليكم؛ لأن الوصية من الله ﷻ فرض». التفسير البسيط (٣٥٢/٦).

(٦) ينظر: الأم (٨٤/٤)، والحاوي الكبير (٧٤/٨).



ولا يقال: بأنه لأجل القرابة ؛ لأنَّا نرى أن أقرب الأقارب لا يرث ، وأبعد الأقارب يرث حتى أن أب الأم لا يرث ، وابن ابن العم يرث ، فدل أنه ليس بمعقول المعنى .

بل يثبت بالنص ، فنتتبع مورد النص ، ولا نص في حق ذوي الأرحام ، فلا يستحقون لأنه يؤدي إلى تغيير النص ، إذا ثبت هذا فنقول: القول بالرد[١] باطل ؛ لأن الشرع لما نص على سهام الميراث وبيَّن نصيب كل واحد ، فلو قلنا: بأن الرد جائز يؤدي إلى الزيادة على تقدير الله تعالى ، وهذا مما لا يجوز[٢] .

♦ودليلهم: قريب ، فوجب أن يرث كأهل الفرائض والعصبات[٣][٤] .

وهذا لأن الوراثة نوع خلافة ، والقرابة مستدعية للخلافة حتى يقوم الوارث مقام المورث ، وجعل كأنه هو ، والقرابة ها هنا متحققة ، فوجب أن يرث حتى يتحقق هذا المعنى .

وقال بعضهم: ذو السببين أولى من ذي السبب الواحد[٥] ؛ كالأخ من الأم والأب ، مع الأخ من الأب ، وها هنا قد وجد هذا المعنى .

فإن عندكم تصرف إلى بيت المال إرثًا للمسلمين[٦] ، وقد وجد في

---

(١) الرد: نقصان في سهام المسألة ، وزيادة في أنصباء الورثة . ينظر: الفقه المنهجي (٥/١٦٧) .

(٢) ينظر: المراجع السابقة .

(٣) العصبة: كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى . ينظر: التنبية (ص: ١٥٣) .

(٤) ينظر: المبسوط (٣٠/٣) ، شرح مختصر الطحاوي (٤/١٢٨) .

(٥) قال الجصاص: «وذوو الأرحام معهم إسلام ونسب ، فكانوا أولى ؛ لأن ذا السببين أولى من ذي السبب الواحد» . شرح مختصر الطحاوي (٤/١٢٠) .

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٧٣) .

حقهم سبب واحد، وفي حق ذوي الأرحام وجد سببان: الرحم، والإسلام. إذا عرفت هذا، فالقول بالرد صحيح؛ لأنه لما ثبت الاستحقاق ابتدأ بالرحم، يجوز أن يصرف الفاضل بالرحم أيضًا[1].

الجواب:

قولهم: قريب.

قلنا: بلى، ولكنه ليس بصاحب فرض ولا تعصيب، فلا يستحق كالأجانب.

قولهم: بأن الميراث نوع خلافه.

قلنا: لا نُسَلِّم، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فإن الولاية لا بد لها من محل، والمحل ها هنا هو الميت، والميت لا يصلح محلًا للولاية، ولأن الإرث تملك حكمي، والتملك الحكمي لا يصلح أن يكون خلافة كالتملك الحقيقي، مثل الأخذ بالشفعة وغير ذلك.

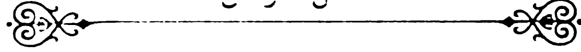
وأما الحكم: فلأن الصبي يرث، والصبي ليس من أهل الولاية.

قولهم: ذو السببين أولى من ذي السبب الواحد.

قلنا: لا نقول بأن المسلمين يستحقون إرثًا، بل يستحقون مالًا ضائعًا يصرف إلى بيت المال.

---

(١) ينظر: المبسوط (٣٠/٣)، شرح مختصر الطحاوي (١٢٨/٤).



قولهم: بأن القول بالرد صحيح.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل [١٢٣/أ] هو باطل؛ لأنه يؤدي إلى تغيير السهام المقدرة على ما بَيَّنَّا.

وإن قلتم: بأن النص ورد حالة الاشتراك.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل ورد حالة الاشتراك والانفراد جميعًا، بدليل الزوج والزوجة.



|١٥٤| مسألة[(١)]:

الأخ من الأب والأم يشارك الأخوة من الأم في الثلث عندنا[(٢)]، وعندهم لا يشاركهم[(٣)].

وصورة المسألة: زوج وأم وابنان من الأخياف[(٤)]، وأخ من أب وأم، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين من الأم الثلث، ويشاركهما الأخ

---

(١) وهذه المسألة تسمى: بالمشركة، أو الحمارية، وسميت مشركة لأن عمر - رضي الله عنه - شرك بينهم، وحمارية لقوله: هب أن أبانا كان حمارا. ينظر: الاختيار (١٢٧/٥)، وتكملة المجموع (٩٩/١٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٥/٨)، المهذب (٤١٧/٢)، ونهاية المطلب (١٨٣/٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٧/٤). ومختصر القدوري (ص: ٢٤٦)، والمبسوط (١٥٤/٢٩)،

(٤) الأخياف لغة: الضروب المختلفة في الأخلاق والأشكال. والأخياف من الناس: الذين أمهم واحدة وآباؤهم شتى. ينظر: جمهرة اللغة (٦١٨/١) ولسان العرب (١٠١/٩). وفي الاصطلاح: هم الإخوة والأخوات. ينظر: المبسوط (١٥٤/٢٩)، والحاوي الكبير (٩١/٨).




من الأب والأم عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن قرابة الأمومة تصلح سببًا للاستحقاق في حق الأخ من الأب والأم عندنا[٣]، وعندهم لا تصلح للاستحقاق، وإنما تصلح للترجيح[٤].

❊ دليلنا: أنهما استويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، دليله: ما إذا كان مكانه وبدله أخًا من أم[٥].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما قرابة الأمومة، وقد استويا فيها لأن الأخ من الأب والأم اختص بزيادة قرابة وتأثيرها في استحقاق الزيادة، وإن لم يؤثر في الزيادة فلا أقل من أن يستويا، هذا كمن مات عن زوج وأبوين، فللزوج النصف وللأم ثلث ما يبقى من التركة، وللأم في الأصل ثلث جميع المال؛ لأنَّا لو قلنا: بأنها تستحق الثلث يؤدي إلى أن يزيد درجة الأم على درجة الأب، كذلك ها هنا مثله[٦].

❦ ودليلهم: أنه عصبة، فلا يستحق إلا ما فضل عن صاحب الفرض كالأخ من الأب[٧].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٥٥)، المهذب (٢/٤١٧)، ونهاية المطلب (٩/١٨٣).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٨٧). ومختصر القدوري (ص: ٢٤٦)، والمبسوط (٢٩/١٥٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٥٥)، والمهذب (٢/٤١٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٩/١٥٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٨٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٥٥)، والمهذب (٢/٤١٧).

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

(٧) ينظر: المبسوط (٢٩/١٥٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٨٨).

وقولنا: أنه عصبة لا إشكال فيه، وكذلك لا إشكال في قولنا: لا يستحق إلا ما يفضل عن صاحب الفرض، وها هنا لا يفضل شيء، فلا يستحق شيئًا، يدل عليه وهو أن الأخ من الأب والأم إنما يستحق بقرابة الأبوة وقرابة الأمومة إنما يعتبر للترجيح، بدليل أنه لو استحق بقرابة الأمومة وجب أن يجمع بينهما حتى يستحق بالفرضية والعصوبة، كما إذا خلعت زوجًا هو ابن عم، فإنه يستحق بها، وها هنا لما لم يجمع دل أنه إنما استحق بقرابة الأبوة دون الأمومة، فإن قرابة الأمومة إنما تكون معتبرة للترجيح[1].

الجواب:

قولهم: عصبة.

قلنا: لا نُسَلِّم أنها عصبة ها هنا، فإنه إنما يكون عصبة إذا كان معه أخ من أب، أما مع الأخ من الأم لا يكون عصبة، بل هو صاحب فرض.

قولهم: بأن الأخ من الأم والأب إنما يستحق بقرابة الأبوة وقرابة الأمومة معتبرة للترجيح [١٢٣/ب].

قلنا: قرابة الأمومة إنما تعتبر للترجيح إذا كان الاستحقاق بقرابة الأبوة، أما إذا كان الاستحقاق بقرابة الأمومة فهي معتبرة للاستحقاق.

قولهم: وجب أن يجمع بينهما.

قلنا: إنما يجمع لأن جهة الاستحقاق ها هنا جهة واحدة، وهي جهة

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

الأخوة، فإذا كانت الجهة متحدة لا يمكن الجمع بينهما بخلاف الزوج إذا كان ابن عم؛ لأن هناك الجهة متعددة، فإن هناك يستحق الفرض بجهة الزوجية، والباقي بجهة التعصيب، فيمكن الجمع بينهما لهذا، والله أعلم.



|١٥٥| مسألة:

الجد لا يحجب الأخوة والأخوات عندنا، بل يقاسمهم عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وصورته: جد وأخ؛ عندنا المال بينهما[٣]، وعندهم الكل للجد[٤].

ومدار المسألة تحقيقًا على أن الجد مع الأخ يستويان في الإدلاء إلى الميت[٥]، وعندهم الجد أب والأخ دونه[٦].

❊ دليلنا: أنهما استويا في سبب الاستحقاق، فوجب أن يستويا في

---

(١) ينظر: الأم (٨٥/٤)، ومختصر المزني (٢٤٢/٨)، والحاوي الكبير (١٢٢/٨)، والبيان (٩٠/٩).

(٢) ينظر: الحجة (٢٠٥/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٩٤/٤)، ومختصر القدوري (ص: ٢٤٧). والنتف (٨٣٦/٢)، والمبسوط (١٨٠/٢٩).

(٣) ينظر: الأم (٨٥/٤)، مختصر المزني (٢٤٢/٨)، والحاوي الكبير (١٢٢/٨)، والبيان (٩٠/٩).

(٤) ينظر: الحجة (٢٠٥/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٩٤/٤)، ومختصر القدوري (ص: ٢٤٧). والنتف (٨٣٦/٢)، والمبسوط (١٨٠/٢٩).

(٥) ينظر: الأم (٨٦/٤)، ومختصر المزني (٢٤٢/٨)، والحاوي الكبير (١٢٤/٨)، والبيان (٩١/٩).

(٦) ينظر: المبسوط (١٨٢/٢٩)، شرح مختصر الطحاوي (٩٦/٤).

الاستحقاق[(١)].

وإنما قلنا ذلك لأن سبب الاستحقاق الإدلاء إلى الميت، وهما يستويان فيه لأن الأخ يدلي إلى الميت بواسطة الأب، والجد أيضًا يدلي إلى الميت بواسطة الأب، فقد استويا في الإدلاء، فصح قولنا: أنهما استويا في سبب الاستحقاق من هذا الوجه، فوجب أن يستويا في الاستحقاق.

وضرب [علي][(٢)] رضي الله عنه لهذا مثلًا، وقال: «مثل الجد مع الأخ كمثل شجرة تشعب منها غصن، ثم تشعب من ذلك الغصن غصنان، فنسبة الغصنين إلى الغصن الأول كنسبة الساق إلى الغصن»[(٣)].

وضرب [زيد بن ثابت][(٤)] رضي الله عنه له مثلًا، فقال: «مثل الأخ مع الجد مثل واد تشعب عنه نهر، ثم تشعب من النهر جدولان، فنسبة الجدولين إلى النهر كنسبة الوادي إلى النهر»[(٥)]، فدل أنهم يستويان، بل جانب الأخ أقوى؛ لأن

---

(١) ينظر: الأم (٤/٨٦)، ومختصر المزني (٨/٢٤٢)، والحاوي الكبير (٨/١٢٤)، والبيان (٩/٩١).

(٢) الصحيح أن هذا الأثر لزيد بن ثابت رضي الله عنه. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/٤٠٤).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، في جماع أبواب الجد، باب: من ورث الإخوة للأب والأم أو الأب مع الجد (٦/٤٠٤) برقم: ١٢٤٢٩، وعبد الرزاق في مصنفه في كتاب: الفرائض، باب: فرض الجد (١٠/٢٦٥) برقم: ١٩٠٥٨.

(٤) الصحيح أن هذا الأثر لعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم. ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/٤٠٥)، والبدر المنير (٧/٢٣٩).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، في جماع أبواب الجد، باب: من ورث الإخوة للأب والأم أو الأب مع الجد (٦/٤٠٥) برقم: ١٢٤٣٠، وابن الملقن في البدر المنير كتاب: الفرائض (٧/٢٣٩).

العصوبة التي حصلت بجهة البنوة أقوى، بدليل: أنه إذا مات عن أب وابن، فللأب السدس، فالباقي للابن، ولأن الأخ والابن يعصبان الابنين دون الجد، فدل أن العصوبة بجهة البنوة أقوى، فإن لم يوجب الترجيح فلا أقل من أن يوجب التساوي(١).

❁ ودليلهم: أن الجد أب، فيحجب الأخ كالأب(٢).

والدليل على أنه أب الكتاب والسنة والإجماع والحكم:

أما الكتاب: قوله تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾(٣)، وإبراهيم عليه السلام جد العرب(٤).

وأما السنة: فما روي عن النبي عليه السلام: أنه مر بجماعة من الصحابة وهم يتناضلون، فقال: «ارموا يا بني إسماعيل، فإن أباكم كان راميًا»(٥)، وإسماعيل عليه السلام كان جد العرب، وأما الإجماع فإنه منعقد على أن [١٢٤/أ] آدم عليه السلام أبو البشر، وهو جدهم.

وأما الحكم: فلأن ابن الابن ابن، وأب الأب وجب أن يكون أبًا، وإليه

---

(١) ينظر: الأم (٨٦/٤)، ومختصر المزني (٢٤٢/٨)، والحاوي الكبير (١٢٤/٨)، والبيان (٩١/٩).

(٢) ينظر: المبسوط (١٨٢/٢٩)، شرح مختصر الطحاوي (٩٦/٤).

(٣) سورة الحج: آية ٧٨.

(٤) ينظر: تفسير الإمام الشافعي (١٠٩٥/٣).

(٥) رواه البخاري في صحيحه، من حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه، باب التحريض على الرمي، (٣٨/٤)، برقم: ٢٨٩٩.




الإشارة بقول [الصديق][1] رضي الله عنه: «ألا يتقي الله زيد بن ثابت، يجعل ابن الأب ابنًا، ولا يجعل أب الأب أبًا»[2][3].

الجواب:

قولهم: أن الجد أب.

قلنا: لا نُسَلِّم، كيف يخالف الحقيقة والحكم؟!

أما الحقيقة: فالدليل على أنه ليس بأب أنه يسمى جدًا ولا يسمى أبًا، والاختلاف في الأسامي دليل على الاختلاف في المسميات.

وأما الحكم: فلأن الولد يحكم بإسلامه تبعًا لأبويه[4]، ولا يحكم به تبعًا للجد، وكذلك الأب لا يشاركه غيره في النفقة، والجد يشاركه غيره، ولأن إعتاق الأب يجر الولاء من موالي الأم إلى موالي الأب، وإعتاق الجد لا يجره[5]، وكذلك إذا مات عن زوج وأبوين للأم ثلث ما يبقى، ولو كان بدل الأب جدًا لها ثلث جميع المال، وأما تمسكهم بالآية والخبر؛ فالجواب عنهما: أنه سماه أبا على طريق المجاز[6] دون الحقيقة[7].

---

(١) الصحيح أن هذا الأثر هو أثر ابن عباس رضي الله عنه. ينظر: ما رواه الأكابر عن الأصاغر (ص: ١٣٢)، وتذكرة المحتاج (ص: ٩٠).

(٢) أخرجه الملقن في كتابه: تذكرة المحتاج (ص: ٩٠)، برقم: ٩٧.

(٣) ينظر: المبسوط (١٨٢/٢٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٩٦/٤).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١٠٤/٧)، والبيان (١٧٠/١٢).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (١٦٢/٤)، التنبية (ص: ١٤٩).

(٦) الحقيقة: ما لا ينتفي عن مسمياته بحال. ينظر: الفصول في الأصول (٣٦١/١).

(٧) المجاز: ما ينتفي عن مسمياته بحال. ينظر: المرجع السابق.




قولهم: أن ابن الابن كذلك الجد.

قلنا: ابن الابن لما قام مقام الابن لا جرم قام مقامه في جميع الأحوال والأحكام، وليس كذلك الجد، فإنه لا يقوم مقامه في جميع الأحكام، فدل أن ذلك إقامة توقيفية، لا لأنه ابن لأن الابن هو الولد، فالولد من يولد منه حقيقة، وقد قيل: ولدك من دمي عقيبك، والله أعلم.



|١٥٦| مَسْأَلَة:

المرتد إذا مات فإكسابه في المسلمين سواء اكتسبه في حال الإسلام أو في حالة الردة عندنا[١]، وعندهم ما اكتسبه في الإسلام يرث عنه ورثته، وما اكتسبه في حالة الردة يكون فيئًا[٢][٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الموالاة التي عليها مدار الإرث منقطعة بين المسلمين، والمرتد عندنا[٤]، وعندهم له حكم المسلمين[٥].

❊ دليلنا: أن الموالاة شرط في استحقاق الإرث، وقد انقطعت الموالاة

(١) الصحيح من مذهب الشافعية في هذه المسألة أن لايورثون المسلم إذا كان المورث كافرا، سواء كان كافرا أصليا أو غيره. ينظر: الأم (٤/ ٨٨)، ومختصر المزني (٣٦٧/٨)، واللباب (ص: ٢٧٩).

(٢) الفيء: هو الرجوع، وهو: ما رد الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالف أهل دينه بلا قتال، وسمي فيئا، لأنه رجع إلى المسلمين من أموال الكفار عفوا بلا قتال. ينظر: تهذيب اللغة (٤١٥/١٥)، ومقاييس اللغة (٤/ ٤٣٥).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢٤٧)، والمبسوط (١٠/ ١٠٠)، وبدائع الصنائع (١٣٨/٧).

(٤) ينظر: الأم (٤/ ٨٨).

(٥) ينظر: المبسوط (١٠/ ١٠٠)، وبدائع الصنائع (١٣٨/٧).

بين الكافر والمسلم[١]، ونعني بالموالاة: النصرة والذب[٢] والإغاثة.

وإنما قلنا: أن المولاة شرط؛ لأن الوراثة خلافة، والوارث خليفة للمورث قائم مقامه، وذاك إنما يحصل بأن يقوم مقامه من كل وجه، وبأن يجعل نفسه نفس المورث، ويجعل كأنه هو في الذب والنصرة والإعانة، فدل أن الموالاة شرط، وقد انقطعت الموالاة بينهما، بدليل الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿ٱلْمُنَٰفِقُونَ وَٱلْمُنَٰفِقَٰتُ بَعْضُهُم مِّنۢ بَعْضٍ﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٤]، وقال تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٥]، وقال النبي ﷺ: «المؤمنون كلهم كنفس واحدة»[٦].

وأما المعنى: فلأن المسلمين كلهم كنفس واحدة؛ لأن كلمتهم كلمة واحدة، ومنعتهم منعة واحدة.

---

(١) ينظر: الأم (٤/٨٨).

(٢) الذب: يقال: فلان يذب عن حريمه ذبا، أي يدفع عنهم، والذب: الطرد، والمذية هنة تسوى من هلب الفرس يذب بها الذبان. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/٢٩٦)، ومقاييس اللغة (٢/٣٤٨).

(٣) سورة التوبة: آية ٦٧.

(٤) سورة الأنفال: آية ٧٣.

(٥) سورة التوبة: آية ٧١.

(٦) لم أجد هذا الحديث بهذا اللفظ، ولعل المؤلف ﷺ أراد قوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون كالرجل الواحد». والحديث رواه مسلم في صحيحه (٤/٢٠٠٠) من حديث النعمان بن بشير ﷺ، كتاب: البر والصلة، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، برقم: ٦٧.

[لأنهم][(١)] يدينون عن دين آخر، ويناضلون عن منعة أخرى، وكلمتهم كلمة [١٢٤/ب] أخرى، فدل أن الموالاة قد انقطعت، فلا يمكن القول بجريان الإرث[(٢)].

ثم الدليل على أنه صار فيئًا الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأنه حربي مقهور في أيدينا فوجب أن يكون ماله فيئًا، دليله: الحربي إذا دخل دار الإسلام[(٣)].

وأما الحكم: أجمعنا على أن إكسابه في حال الردة يصير فيئًا[(٤)] كذلك في حال الإسلام؛ لأن كليهما إكساب المرتد[(٥)].

❁ ودليلهم: أنه من أهل دار الإسلام، وله حكم أهل الإسلام، فوجب أن يرثه ورثته المسلمون، دليله: المسلمون[(٦)].

وإنما قلنا: من أهل دار الإسلام؛ لأنه في دار الإسلام.

وإنما قلنا: له حكم الإسلام؛ لأنه لا يقر على الكفر، بل يحمل على

---

(١) الصحيح أنها تكتب «أما المرتدون فإنهم»؛ لأن الضمير حسب السياق لا يمكن أن يعود على المسلمين الذين قرر لهم أن كلمتهم واحدة ودينهم واحد فكيف يعود ويقرر أنهم يدينون عن دين آخر ويناضلون عن منعة أخرى؟، والله أعلم.

(٢) ينظر: الأم (٤/٨٨).

(٣) الحربي إذا دخل دار الإسلام بدون أمان فإنه يصير فيئًا لجماعة المسلمين. ينظر: تحفة الفقهاء (٣/٣٠٤)، الحاوي الكبير (١٣/٤٤٥).

(٤) ينظر: المبسوط (١٠/١٠٠)، والأم (٤/٨٨).

(٥) ينظر: الأم (٤/٨٨).

(٦) ينظر: المبسوط (١٠/١٠٠)، وبدائع الصنائع (٧/١٣٨).

الإسلام بالسيف، فدل أن له حكم الإسلام، ولأنه لا يمكن من التصرف في الخمر والخنزير، ولأنه يؤمر بقضاء الصلاة عندكم[1]، فدل أن له حكم الإسلام، والإرث حكم الإسلام، فوجب أن يرث ورثته المسلمون.

والدليل على أنه لا يصير فيئًا بنفس الردة، ولو صار فيئًا وجب أن يصير فيئًا بنفس الردة كما في الكافرة الأصلية[2].

الجواب:

قولهم: من أهل دار الإسلام، وله حكم الإسلام.

قلنا: لا نُسَلِّم أنه من أهل دار الإسلام، ولا أن له حكم الإسلام.

وقولهم: لا يقر على الكفر.

قلنا: إنما لا يقر لغلظ كفره، لا لما قلتم، كما قلنا في حق مشركي العرب[3].

قولهم: لا يصح تصرفاته في الخمر والخنزير.

قلنا: لا نُسَلِّم.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢/٢٠٩)، وبحر المذهب (١/٣٩٦).

(٢) ينظر: المبسوط (١٠/١٠٠)، وبدائع الصنائع (٧/١٣٨).

(٣) اختلف العلماء في إقرار المشركين بالكفر إذا كانوا بجزيرة العرب، على مذاهب. أحدها: ـ وهو مذهب الشافعي ـ أها تؤخذ الجزية من أهل الكتاب عربا كانوا أو عجما، ولا تؤخذ من غير أهل الكتاب عربا ولا عجما، فاعتبرها بالأديان دون الأنساب. ينظر: الحاوي الكبير (١٤/٢٨٤)، وبحر المذهب (١٣/٣٣٤).

قولهم: بأن قضاء الصلوات واجب. [...][1] لأنه شرع في الإسلام، وألزم أحكام الإسلام، فإذا خرج عنه يبقى الإلزام على ما كان تغليظًا.

قولهم: لا يصير فيئًا بنفس الردة. قلنا: إنما كان كذلك؛ لأن عوده إلى الإسلام متوقع كما قلتم في الإكساب التي اكتسبها في حال الردة: لا يصير فيئًا في الحال، بل يكون موقوفًا على الموت، والله أعلم.



|١٥٧| مسألة:

قتل الصبي والمجنون يوجب حرمان الميراث عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن حرمان الميراث عندنا متعلق بقتل بغير حق، وقد وجد ها هنا، وعندهم بقتل محظور[4]، ولا يوصف قتلهما وفعلهما بالحظر[5].

❊ دليلنا: أنه قتل بغير حق، فوجب أن يوجب حرمان الميراث[6]؛ كقتل البالغ.

---

(١) يبدو أن في هذا الموضع في المخطوط سقط ويمكن أن يقال «قلنا»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٢) ينظر: الأم (٣٤٧/٧)، ومختصر المزني (٣٦١/٨)، والحاوي الكبير (٨٥/٨)، ونهاية المطلب (٢٣/٩).

(٣) ينظر: الأصل (١٢٢/٦)، والمبسوط (٤٨/٣٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨٦/٨)، ونهاية المطلب (٢٤/٩).

(٥) ينظر: المبسوط (٤٨/٣٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٨٦/٨)، ونهاية المطلب (٢٤/٩).




ولا إشكال في قولنا: بغير حق، وإذا كان بغير حق يتعلق به حرمان الميراث [كفيل البائع][1]؛ لأن هناك لا يخلو إما أن يتعلق بصورة القتل، أو بمعنى تضمنه، فإن تعلق بصورة القتل فصورة القتل موجودة، وإن تعلق بمعنى تضمنه فذلك المعنى ليس إلا قطع الموالاة؛ لأن الموالاة شرط الاستحقاق على ما بَيَّنَّا[2] والقتل يوجب قطع الموالاة؛ لأنه نهاية في [التنعيد][3] والمهاجرة، فيكون سببًا لقطع الموالاة من هذا الوجه [١٢٥/أ]، وما كان سببًا لقطع الموالاة فلا يفرق إلحاقه بين الصبي والبالغ؛ كالكفر والردة والرق وغير ذلك[4].

♦ **دليلهم:** أن حرمان الميراث جزاء على الفعل، فلا يتعلق بفعل الصبي، دليله: القصاص[5].

لأن جزاء الفعل إنما يتعلق بفعل محظور؛ لأن الحظرية بالخطاب، والخطاب موضوع عن الصبي، ولأن الصبي محل النظر، فالشرع أسقط عنه أجزية الأفعال نظرًا له.

والدليل على أن الحرمان جزاء الفعل، هو أنه لا يخلو؛ إما أن يجب في

(١) في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة «كفيل البائع»، كما هو مثبت في المتن، والصحيح أن يقال «كقتل البالغ». قال المزني: «ولأنه قتل مضمون، وجب أن يمنع الإرث، كالبالغ العاقل». وقال إمام الحرمين: «ولا فرق بين أن يكون عمداً أو خطأ، وبين أن يكون القاتل صبياً أو بالغاً، عاقلاً أو مجنوناً». مختصر المزني (٨/٣٦١)، ونهاية المطلب (٩/٢٣).

(٢) قد بينه المؤلف في مسألة ميراث المرتد، وهي المسألة التي قبلها.

(٣) هكذا كتبت في الأصل.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٨٦)، ونهاية المطلب (٩/٢٤).

(٥) ينظر: المبسوط (٣٠/٤٨).

مقابلة المحل، أو في مقابلة الفعل، بطل أن يقال: في مقابلة المحل؛ لأن ما كان في مقابلة المحل سبيله سبيل الحيز، والحرمان لا يصلح حائزًا فدل أنه جزاء على الفعل، ولا يلزم القتل؛ لأنه إنما تعلق به الحرمان، لأن الفعل محظور بالنسبة إلى المحل، فجاز أن يتعلق به الجزاء[1]، بخلاف ما تنازعنا فيه.

الجواب:

قولهم: الحرمان جزاء الفعل.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل ذلك لعدم شرط استحقاق الإرث، وهو الموالاة على ما بَيَّنَّا.

قولهم: لا يخلو؛ إما أن يكون في مقابلة المحل، أو جزاء الفعل.

قلنا: لا هذا ولا ذاك، بل لعقد شرط الاستحقاق على ما قررنا، والدليل عليه: قتل الخاطئ، فإنه يوجب حرمان الميراث، ولا يوجب الجزاء[2].

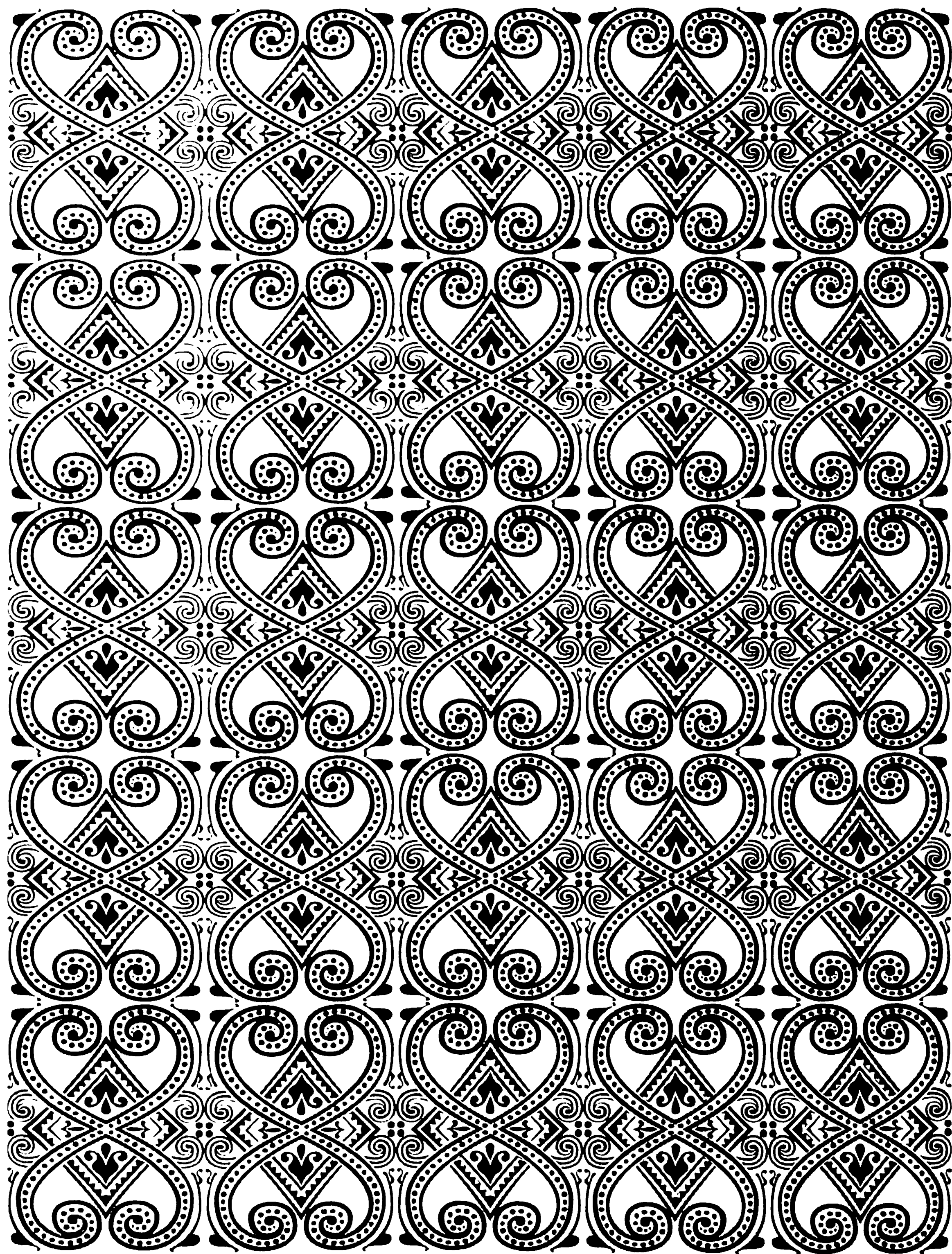
قولهم: بأن قتله محظور بالنظر إلى المحل.

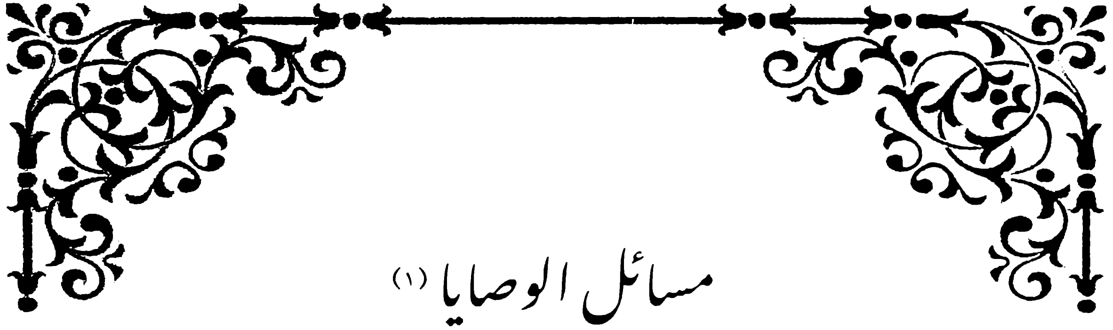
قلنا: كذلك ها هنا فعل الصبي والمجنون محظور بالنظر إلى المحل؛ لأن المحل معصوم، والله أعلم.

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٧٦)، ومختصر المزني (٨/٣٦١).





مسائل الوصايا[1]

|١٥٨| مسألة:

إذا أوصى لإنسان بثلث ماله، ولآخر بالنصف، ومات، ولا يخلو:

إما أن أجازت الورثة ما زاد على الثلث، أو ردت به.

[كأن][2] أجازت كلتا الوصيتين يقسم المال المتروك على ستة أسهم: سهم منها للورثة يقسمون به على فرائض الله تعالى، وخمسة أسهم الموصى له بالثلث والنصف، سهمان للموصى له بالثلث، وثلاثة أسهم للموصى له بالنصف.

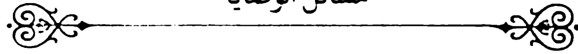
فإن ردت الورثة فإن الوصية بالثلث صحيح بالاتفاق[3].

---

(١) الوصية لغة: لفظ مشترك بين عدة معان، فترد بمعنى الإيصال، يقال: «وصيت الشيء بالشيء»، إذا وصلته به، كما ترد بمعنى العهد: يقال: أوصى الرجل وأوصاه، بمعنى: عهد إليه. ينظر: القاموس المحيط (ص: ١٧٣١)، والمصباح المنير (٦٦٢/٢). والوصية اصطلاحا: عرفها الحنفية بأنها: اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته. وبه تنفصل عن البيع والإجارة والهبة، لأن شيئا من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت. ينظر: البحر الرائق (٤٥٩/٨)، وبدائع الصنائع (٣٣٣/٧).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة «كأن»، كما هو مثبت في المتن، والصحيح قوله: «فإن»، لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٣) ينظر: المبسوط (١٤٨/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٧٤/٧)، والحاوي الكبير (٢٠٧/٨). وبحر المذهب (٢٣/٨).



ويقسم الثلث عندنا بينهم على خمسة: اثنان لصاحب الثلث، وثلاثة لصاحب النصف[1]. وعندهم يقسم الثلث بين صاحب الثلث وبين صاحب النصف بالسوية[2].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الوصية فيما زاد على الثلث صحيحة في التفاوت في الاستحقاق، باطلة في أصل الاستحقاق عندنا[3]، وعندهم باطلة في [١٢٥/ب] الأصل وفي القدر جميعًا[4].

❊ دليلنا: وصية صحيحة، فوجب أن يثبت بها الضرر، دليله: ما إذا أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس والآخر بالثلث[5].

وإنما قلنا: أنها صحيحة؛ لأنها صادفت مالًا مملوكًا له؛ لأن الثلث والثلثين مملوك للموصي، ولا يزول عن ملكه إلا بعد الموت، والتصرف إذا صادف حق الإنسان يكون صحيحًا، فدل أن الوصية فيما وراء الثلث صحيحة، ولأن الورثة إذا أجازوا جاز، ولا يحتاج إلى استئناف العقد، فدل أنها صحيحة؛ لأنها لو لم تكن صحيحة لاحتاج إلى استئناف العقد.

---

(١) ينظر: الأم (١٣٦/٧)، والإقناع (ص: ١٣٠)، والحاوي الكبير (٢٠٧/٨). وبحر المذهب (٢٣/٨)، والبيان (٢٤١/٨).

(٢) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف، فإنه وافق الشافعية في هذه المسألة، والله أعلم. ينظر: الأصل (٤٣٨/٥)، ومختصر القدوري (ص: ٢٤٢)، والمبسوط (١٤٨/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٧٤/٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٧/٨)، وبحر المذهب (٢٣/٨)، والبيان (٢٤١/٨).

(٤) ينظر: المبسوط (١٤٩/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٧٥/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٧/٨)، وبحر المذهب (٢٣/٨)، والبيان (٢٤١/٨).




فإذا ثبت أن الوصية صحيحة، فوجب أن يثبت بها الضرر، غير أن [...][١] الورثة معلق بالثلثين دفعًا للضرر عنهم، كيلا يؤدي إلى البخس بجانبهم، حتى يتمكنوا من رد العقود المضرة بهم في الثلثين، فإذا ردوا الوصية ارتدت وبطلت في أصل الاستحقاق؛ لأنهم يتضررون بأصل الاستحقاق.

[أما لا يزيد في التفاضل في الاستحقاق؛ لأنهم لا يتضررون ذلك][٢].

فقلنا: الوصية تبطل في أصل الاستحقاق، وتصح في التفاضل في الاستحقاق لهذا المعنى، ما هذا إلا كما إذا أوصى لأحدهم بالثلث وللآخر بالثلث وللآخر بالسدس وردوا الوصية، فإنه يبطل في أصل الاستحقاق، ويبقى التفاضل في الاستحقاق، كذلك ها هنا، وهذا الفقه؛ وهو أن الوصية عقد مشروع، متى أمكن تصحيحه وجب تصحيحه.

[إن][٣] لا يمكن تصحيحه في أصل الاستحقاق، فإنه يمكن تصحيحه في التفاضل في الاستحقاق.

فقلنا: بأنه يصح وهذا الحقيقة، وهو أن الموصي باشر شيئين؛ أحدهما: الاستحقاق، والثاني: التفاضل في الاستحقاق، فإذا لم يمكن القول بتصحيح أصل الاستحقاق لدفع الضرر، فيمكن القول بتصحيح التفاضل في الاستحقاق،

---

(١) يبدو أن في هذا الموضع في المخطوط سقط؛ ويمكن تقدير السقط بإضافة كلمة «حق» لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٢) هكذا في الأصل، ويبدو أن فيه سقط؛ لأن الجملة هنا بمفردها غير مفيدة وغير متناسقة؛ لكنه شرحها المؤلف بعد ذلك، والله أعلم.

(٣) هكذا كتبت في الأصل.




فيصح لهذا المعنى[١].

♦ **ودليلهم**: أن الوصية فيما وراء الثلث وصية مفسوخة بيقين، فلا يثبت بها الضرر [دليلنا][٢]: إذا أوصى لإنسان بالثلث ولآخر بالنصف من مال الجار، فرد الجار، فإنه ينفسخ، ويزيد كذلك ها هنا[٣].

وإنما قلنا: باطلة مفسوخة؛ لأن الوصية فيما وراء الثلث صادفت حق الغير.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن حق الورثة تعلق بالثلثين، والدليل عليه: أنه إذا أجازوا أجازوا وإذا ارتدوا ارتدوا، ولأنه ممنوع عن التبرع في الثلثين بحق الورثة، فدل أن حقهم تعلق بالثلثين، فدل عليه، وهو أن القياس يقتضي أن لا تصح الوصية؛ لأنها إضافة التمليك إلى ما بعد الموت وزمان الموت [١٢٦/أ] زمان زوال الولاية والملك، وإضافة التمليك إلى حالة زوال الملك لا يجوز.

غير أن الشرع جوز نصًا بخلاف القياس؛ وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لسعد: «تصدق بالثلث، والثلث كثير»[٤]، وكذلك قال النبي ﷺ: «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم»[٥]،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٧/٨)، وبحر المذهب (٢٣/٨)، والبيان (٢٤١/٨).

(٢) الصحيح أنها تكتب «دليله»، كما في منهج المؤلف في سياقه للمسائل، والله أعلم.

(٣) ينظر: المبسوط (١٤٩/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٧٥/٧).

(٤) رواه البخاري في صحيحه، في كتاب: مناقب الأنصار، باب: ميراث البنات، (١٥٠/٨)، برقم: ٦٧٣٣، ومسلم في صحيحه، في كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، (١٢٥١/٣)، برقم: ١٦٢٨.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، (٩٠٤/٢)، برقم:=

فدل أن الوصية فيما وراء الثلث صادف حق الغير، فيكون باطلًا، فإذا بطلت بطلت من أصلها، فلا يثبت بها الضرر(١).

الجواب:

قولهم: بأن الوصية فيما وراء الثلث مفسوخة.

قلنا: مفسوخة في أصل الاستحقاق، غير مفسوخة في التفاضل في الاستحقاق.

قولهم: أنها صادفت حق الغير.

قلنا: هذا ممنوع، ولعل هذا خلاف الإجماع؛ لأن الثلث والثلثين ملكه.

قولهم: بأن حق الورثة يتعلق بماله.

قلنا: هذا الحق ليس تأثيره إلا في هذا، وهو دفع الضرر كي لا يؤدي إلى البخس بجانبهم وهذا المعنى قد حصل بإثبات الحق في إبطال الوصية في أصل الاستحقاق، وأما في استحقاق التفاضل فلا، كما إذا أوصى لأحد بالثلث ولآخر بالثلث ولآخر بالسدس(٢)، والله أعلم.

= ٢٧٠٩. والدار قطني في سننه في كتاب: الوصايا، (٥/٢٦٣)، برقم: ٤٢٨٩. والطبراني في معجمه، (٤/١٩٨)، برقم: ٤١٢٩، والبيهقي في سننه، باب الوصية بالثلث، (٦/٤٤١)، برقم: ١٢٥٧١. وقال: روى هذا الحديث طلحة بن عمرو المكي، وليس بالقوي، وقال ابن حجر: إسناده ضعيف، وقال الألباني: حديث حسن، ينظر: التلخيص الحبير (٣/٢٠٠) وصحيح الجامع الصغير وزيادته (١/٣٥٤).

(١) ينظر: المبسوط (٢٧/١٤٩)، وبدائع الصنائع (٧/٣٧٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٢٠٨)، وبحر المذهب (٨/٢٣).

١٥٩ | مسألة:

إذا أوصى بجميع ماله لإنسان ولا وارث له، فإنه لا تصح وصيته فيما وراء الثلث عندنا(١)، خلافًا لهم(٢).

❊ **دليلنا:** أن المسلمين ورثته، فوجب أن لا تصح وصيته فيما وراء الثلث، دليله: ما إذا كان له وارث معين بجهة القرابة(٣).

وإنما قلنا: أن المسلمين ورثته؛ لأنه إذا مات ولا وارث له فإن ماله يصرف إلى المسلمين، وصرف المال إلى شخص بعد الموت لا يكون إلا بجهة الإرث خطأ.

ولأنَّا أجمعنا على أن من قتل إنسانًا ولا وارث له، فإن المسلمين يتحملون عنه العقل، فلولا أنهم ورثته، وإلا لما تحملوا العقل(٤).

ولأنه إذا قتل ولا وارث له، فإن المسلمين يستحقون القصاص، حتى إن الإمام يستوفي القصاص نيابة عن المسلمين(٥)، فدل أن المسلمين ورثته، فوجب أن لا تصح وصيته فيما زاد على الثلث(٦)، كما إذا كان له وارث معين.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩٥)، والتنبية (ص: ١٤٠)، ونهاية المطلب (١٠/١٠)، والبيان (٨/١٥٦).

(٢) ينظر: النتف (٢/٨٤٣)، والمبسوط (٢٩/١٨)، بدائع الصنائع (٧/٣٣٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩٥)، والبيان (٨/١٥٦).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٤١٧)، والمهذب (٢/٤١٩).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩٥)، والبيان (٨/١٥٦).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٤٥)، والمهذب (٣/١٩٠).




❁ ودليلهم: وصيته صادفت خالص حقه، فوجب أن تصح، كما إذا أوصى بالثلث(١).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الجميع خالص حقه عند عدم الوارث، كما أن الثلث [١٢٦/ب] خالص حقه عند وجود الوارث، وأجمعنا على أنه إذا أوصى بالثلث عند وجود الوارث تصح(٢)، كذلك إذا أوصى بجميع المال عند عدم الوارث وجب أن تصح.

ولا يقال أن المسلمين ورثته، لأن الوراثة إنما تثبت؛ إما بالسبب، أو بالنسب، ولم يوجد ها هنا، ولأنه [...](٣) أوصى بالثلث لواحد من المسلمين تصح، ولو كان كذلك وجب أن لا تصح(٤)؛ لأن الوصية للوارث لا تجوز(٥).

الجواب:

قولهم: وصية صادفت خالص حقه.

---

(١) ينظر: المبسوط (٨٢/٨).

(٢) ينظر: المبسوط (١٤٨/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٧٤/٧)، والحاوي الكبير (٢٠٧/٨). وبحر المذهب (٢٣/٨).

(٣) يبدوا أن في هذا الموضع في المخطوط سقطا؛ ويمكن أن يقال «لو»؛ لاستقامة سياق المعنى.

(٤) ينظر: المبسوط (٨٢/٨).

(٥) ومما يدل على أن الوصية لوارث لا تجوز، حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: «كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الوصايا، باب: لا وصية لوارث، (٤/٤)، برقم: ٢٧٤٧.

قلنا: لا نُسَلِّم، فإن حقه في الثلث، أما الثلثان فحق الورثة لما بَيَّنَّا أن المسلمين ورثته، فإذا كانوا ورثته فحقهم يتعلق بالثلثين، فقد صادفت وصيته حق الغير.

وقولهم: الوراثة تستدعي سببًا أو نسبًا.

قلنا: بلى، وقد وجد السبب، وهو الأخوة في الدين، والنسب أيضًا قد وجد:

أما السبب، فلقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾[1].

وأما النسب، فإن الكل من أولاد آدم، فإذا [ارتقضنا][2] شجرة الإنسان وجدنا الكل بني الأعمام وبني الأخوة، فدل أن الكل قد وجد، ولا بد من القول بثبوت الإرث.

قولهم: لو أوصى لواحد من المسلمين تصح.

قلنا: إنما لا تصح في الوارث المعين، كيلا يؤدي إلى الجمع بين الناسخ والمنسوخ في حق شخص واحد، كيلا يؤدي إلى الزيادة على فرائض الله تعالى، وهذا المعنى لم يوجد في مسألتنا؛ لأنه ربما لا يضع الإمام فيه شيئًا من ماله فلا يؤدي إلى الجمع، فيجوز لهذا المعنى[3]، والله أعلم.



---

(١) سورة الحجرات: آية ١٠.

(٢) هكذا في الأصل، وبحثت عنها في كتب اللغة فلم أجد من ذكرها؛ ولعل من سياق الكلام يتبين للقارئ أنها تفيد «بحثنا» أو «فتشنا»، والله أعلم.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩٦).




١٦٠ | مسألة:

الوصي في نوع لا يصير وصيًا في الأنواع كلها عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

وصورته: ما إذا أوصى إنسان إلى رجل بقضاء ديونه بعد موته مثلًا، فإنه لا يملك [غيرنا][٣] عينه عندنا[٤]، وعندهم يملك سائر التصرفات[٥].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الوصي متصرف بحكم الأمر عندنا[٦]، وعندهم بحكم الولاية[٧].

❊ دليلنا: أنه متصرف بحكم الإذن، فوجب أن لا يتعدى عن محل الأمر؛ كالوكيل[٨].

وإنما قلنا ذلك للحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأنه يقول: أوصيت إليك، أو فوضت إليك التصرف، أو

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، ونهاية المطلب (١١/٣٦٥)، وبحر المذهب (٨/١٤٢). والتهذيب (٥/١٠٩).

(٢) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف ومحمد، فإن رأيهم كرأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١٩٠)، والمبسوط (٢٨/٢٦).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «غيرنا»، كما هو مثبت في المتن، والصحيح قوله: «غير»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، ونهاية المطلب (١١/٣٦٥)، وبحر المذهب (٨/١٤٢). والتهذيب (٥/١٠٩).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١٩٠)، والمبسوط (٢٨/٢٦).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، ونهاية المطلب (١١/٣٦٥)، وبحر المذهب (٨/١٤٢).

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/١٩٠)، والمبسوط (٢٨/٢٦).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، ونهاية المطلب (١١/٣٦٥)، وبحر المذهب (٨/١٤٢).




تصرف في مالي بعد موتي.

وأما الحكم: فلأنه إذا أوصى إلى عبد يجوز، ولو كان بحكم الولاية وجب أن لا يجوز؛ لأنه ليس من أهل الولاية(١)، فثبت أنه متصرف بحكم الأمر، فلا يتعدى من موضع الأمر، لأن الأمر قضيته الائتمار، والائتمار إنما يحصل بالإقدام على فعل المأمور، أما الإقدام [١٢٧/أ] على التصرف في الأنواع لا يكون ائتمارًا، بل يكون مخالفة(٢).

♦ ودليلهم: أنه متصرف بحكم الولاية، فلا يختص تصرفه بنوع دون نوع؛ كالأب والجد(٣).

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه متصرف بحكم الخلافة.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الوصاية عقد استخلاف في ولاية التصرف(٤)، لأن الولاية حق شرعي ثابت له، فلنا أن نثبت لغيره بعد الموت كالملك لما كان حقًا شرعيًا ثابتًا له، فإن له أن يثبته لغيره بعد موته بحكم الخلافة، كذلك ها هنا، فدل أن الوصية خلافة، إلا أن هذا خلافة في التصرف، وذاك خلافة في الملك، فإذا ثبت أن الوصاية خلافة، فالخليفة قائم مقام الأصل، وجعل كأنه هو، ثم هو إذا كان قائمًا فإنما يتصرف بحكم الولاية؛ كذلك ها هنا، هو

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٨/٢٥)، والمهذب (٢/٣٦٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٣٦)، ونهاية المطلب (١١/٣٦٥)، وبحر المذهب (٨/١٤٢).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٨/٢٦).

(٤) والمعنى: أنه لو أوصى إلى فاسق منهم متخوف على ماله فالوصية باطلة؛ لأن الإيصاء إلى الغير إنما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصي لنفسه ولأولاده. ينظر: المبسوط (٢٨/٢٦).




يكون متصرفًا بحكم الولاية.

والدليل عليه: أن جميع الأوامر تبطل بالموت؛ كالتوكيل وغير ذلك، فكيف يتصرف بحكم الأمر؟!.

ومن حيث الحكم فلأنه لا يصح الإيصاء إلى الفاسق[1]، ولو كان متصرفًا بحكم الأمر وجب أن يصح كالتوكيل، وكذلك إذا أطلق الإيصاء يصح، ولو كان حكم الأمر وجب أن لا يصح كالتوكيل، فدل أنه متصرف بحكم الولاية، ولا يختص بنوع دون نوع[2].

الجواب:

قولهم: متصرف بحكم الولاية.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل بحكم الأمر.

قولهم: أن الوصية إثبات خلافة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو تفويض التصرف إليه، وهكذا نقول في الوصية، لا نقول خلافة، بل هذا تمليك المال له بعد الموت.

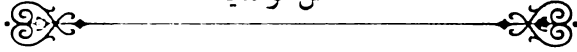
قولهم: بأن سائر الأوامر تبطل بالموت، أما الأمر بفعل يوجد بعد الموت لا يبطل بالموت؛ لأنه حيث صح إنما صح بعد الموت، فكيف يبطل بالموت؟! فصار كما إذا أعار شيئًا من إنسان، فإذا مات يبطل[3]، وإذا

---

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: المبسوط (٢٨/٢٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣٨٧)، والحاوي الكبير (٧/١٣١).



أوصى بخدمة عبده لا تبطل[1]، كذلك ها هنا، والله أعلم.



|١٦١| مسألة:

الوصية للقاتل صحيحة في أحد قولينا[2]، وباطلة في الآخر[3]، وهو مذهبهم[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن القتل موت على الإطلاق عندنا[5]، وعندهم موت في حق المقتول، وقطع للحياة في حق القاتل[6].

❊ **دليلنا**: أن الوصية عقد تمليك، فيصح من القاتل كسائر التمليكات[7].

والدليل على أنها عقد تمليك: أنها إيجاب وقبول، يدل عليه أنه إذا تم يترتب عليه الملك، وعقد التمليك ليس إلا هذا، فدل أنه عقد تمليك، وإذا ثبت ذلك ينبغي أن يصح مع القاتل؛ لأن الركن في التمليك الأهلية والمحلية

---

(١) ينظر: النتف (٢/٨١٤)، ومختصر المزني (٨/٢٤٣).

(٢) وهو الأظهر من مذهب الشافعي. ينظر: النجم الوهاج (٦/٢٢٩)، وجواهر العقود (١/٣٥٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩١)، والتنبية (ص: ١٤٠)، والمهذب (٢/٤٠٧)، وبحر المذهب (٨/٨)، والوسيط (٤/٤٠٩).

(٤) ينظر: الأصل (٥/٤٤٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/١٥٥)، والنتف (٢/٨١٥)، والمبسوط (٢٧/١٧٦)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٠٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩١)، وبحر المذهب (٨/٨)، والتهذيب (٥/٧٣)، والبيان (٨/١٦٢).

(٦) ينظر: المبسوط (٢٧/١٧٧)، وبدائع الصنائع (٧/٣٣٩).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٩١)، وبحر المذهب (٨/٨)، والتهذيب (٥/٧٣)، والبيان (٨/١٦).

والرضا[1]، والكل موجود [١٢٧/ب]:

أما الأهلية والمحلية فلا إشكال.

وأما الرضا فكذلك موجود أيضًا، أما إذا جرح ثم أوصى لجارحه فلا إشكال بأن الرضا قد وجد، وأما إذا أوصى لإنسان ثم جاء الموصى له وجرح الموصي، فالرضا كان موجودًا قبل الجرح قطعًا.

والرجوع عن الرضا محتمل في نفسه، وبيان الاحتمال أنه يحتمل رجوعه لوجود العداوة، ويحتمل أنه لم يرجع؛ لأن أقصى ما في الباب أن هذا إحسان مع المسيء، والإحسان مع من أساء إليه من دأب الرسول عليه السلام[2]، لأنه من مكارم الأخلاق، فقال أن الرجوع محتمل والثابت بيقين لا يرتفع بالشك والاحتمال[3]، فدل أن الرضا قد وجد، والأهلية والمحلية موجودتان، فلا بد من القول بالصحة[4].

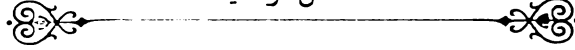
---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣٤/٢)، والوسيط (٥١١/٧).

(٢) ومن المواقف التي تدل على إحسان الرسول لمن أساء إليه، أنه جاءه جبريل الأمين يستأذنه أن يطبق عليهم الجبلين على أهل مكة، فما زاد عن أن قال: «اللهم اهدِ قومي إنهم لا يعلمون، أرجو أن يخرج الله من أصلَابِهِمْ مَنْ يَعْبد الله وحْدهُ لَا يشْرِك بِهِ شيئًا». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: بدء الخلق، باب: إذا قال أحدكم: آمين والملائكة في السماء، آمين فوافقت إحداهما الأخرى، غفر له ما تقدم من ذنبه، (١١٥/٤)، برقم: ٣٢٣١، ومسلم في صحيحه، كتاب: الجهاد والسير، باب: ما لقي النبي ﷺ من أذى المشركين والمنافقين، (١٤٢٠/٣)، برقم: ١٧٩٥.

(٣) ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١٠٧٥/٢)، وموسوعة القواعد الفقهية (٣٢/١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٩١/٨)، وبحر المذهب (٨/٨)، والتهذيب (٧٣/٥)، والبيان (١٦٢/٨).



♦ **ودليلهم**: أن استحقاق المال بجهة الوصية تعلق بالموت بعينه، ولم يوجد ها هنا نفس الموت[1].

لأن القتل ليس بموت لعينه، لأن غير الموت انتهاء مدة الحياة، بحيث لا يوجب الضمان على أحد، وها هنا الضمان واجب على القاتل، فلا يكون موتًا من كل وجه، بل هو موت في حق المقتول، وقطع الحياة في حق القاتل؛ لأنه يوجب الضمان عليه، فدل أن الموت بعينه لم يوجد، فلا يتعلق به استحقاق المال بجهة الوصية؛ لأنه إنما يتعلق بالموت بعينه، لأن بالاتفاق لا يجوز تعليق الوصية بشيء آخر سوى الموت.

ولا يلزم أم الولد إذا قتلت سيدها لأنها إنما أعتقت[2]؛ لأن العتق لا يتعلق بالموت بعينه، بل يتعلق بشرط آخر سوى الموت[3]، بخلاف مسألتنا[4].

الجواب:

قولهم: الوصية استحقاق مال تعلق بالموت بعينه.

قلنا: نُسَلِّم، وقد وجد.

وقولهم: بأن القتل ليس بموت بعينه، بل هو موت.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٧٧/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٣٩/٧).

(٢) ينظر: المبسوط (١٧٩/٢٧).

(٣) وهو الاستيلاد أو الولد. ينظر: المبسوط (١٥١/٧).

(٤) ينظر: المبسوط (١٧٧/٢٧)، وبدائع الصنائع (٣٣٩/٧)، والحاوي الكبير (١٩١/٨)، وبحر المذهب (٨/٨)، والتهذيب (٧٣/٥)، والبيان (١٦٢/٨).

قولهم: بأن الموت بعينه انتهاء مدة الحياة على وجه لا يوجب الضمان على آخر.

قلنا: الموت انتهاء مدة الحياة، أما الضمان فلا يمنع حد الموت.

قولهم: بأنه إذا وجب الضمان يكون قطعًا للحياة في حق القاتل.

قلنا: ليس كذلك، بل هذا انتهاء في حق القاتل والمقتول جميعًا؛ لأن للإنسان أجلًا واحدًا، إذا مات يموت بأجله، وإذا قتل قتل بأجله، أما الضمان فإنما يجب باعتبار أنه تسبب إلى انتهاء الحياة، وهو متعدٍ في هذا التسبيب.

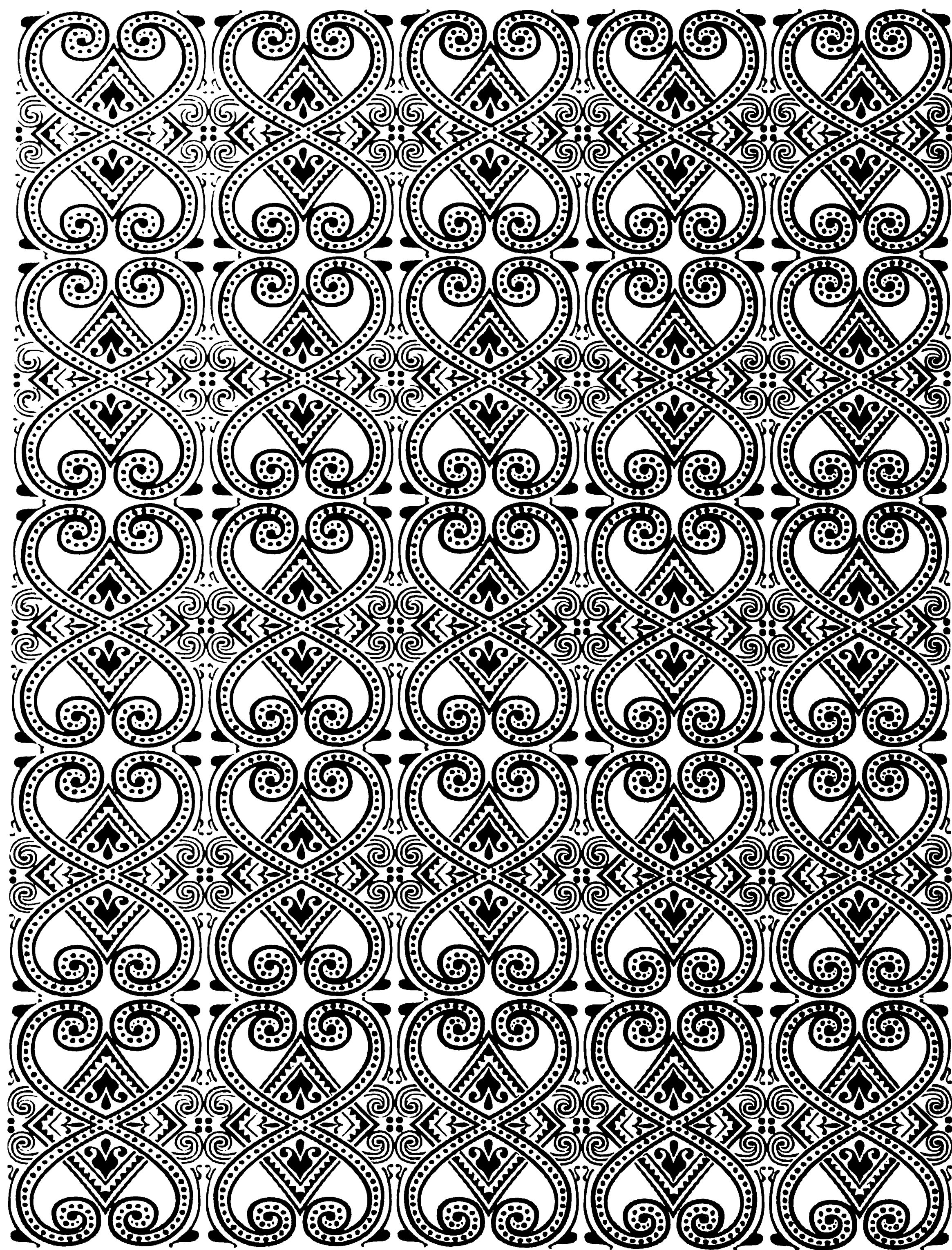
والدليل على بطلان هذا الفصل: أن الضمان كما وجب على القاتل وجب للمقتول، والقتل انتهاء الحياة في حقه، فكما يستحيل أن يجب الضمان على أحد لانتهاء مدة الحياة في حقه [١٢٨/أ] يستحيل أن يجب الضمان لإنسان أيضًا لانتهاء مدة حياته، فلما وجب دل أن المعنى ما بَيَّنَّا، والدليل عليه: أم الولد[١].

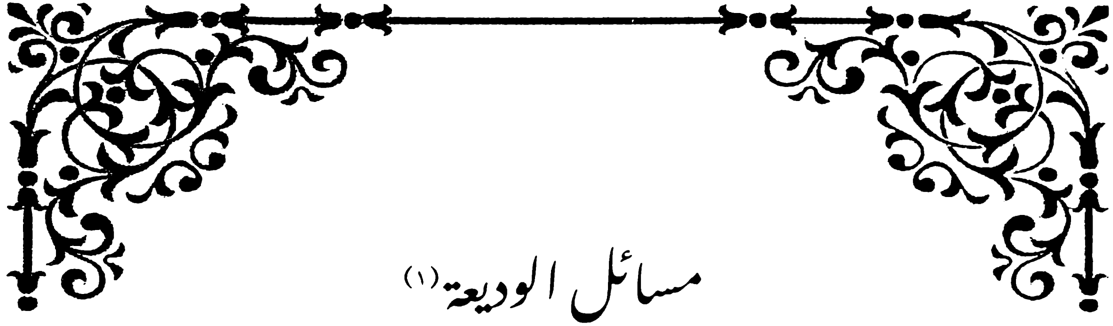
قولهم: أن العتق ثَمّ تعلق بشرط آخر.

قلنا: العتق الحاصل بجهة أمية الولد لا يتعلق إلا بالموت نفسه، وها هنا حصل، دل أنه موت من كل وجه، والله أعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٩١/٨).





مسائل الوديعة(1)

|١٦٢| مَسْألة(2):

المودع إذا خان في الوديعة فعلًا، ثم عاد إلى الوفاء لا يبرأ عن الضمان عندنا(3)، خلافًا لهم(4).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن عقد الوديعة يرتفع بالخلاف(5) من حيث الفعل عندنا(6)، وعندهم لا يرتفع(7).

---

(١) الوديعة في اللغة: مأخوذ من ودع الشيء يدع إذا سكن واستقر فكأنها مستقرة ساكنة عند المودع. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٢٠٧). ومختار الصحاح (ص: ٣٣٥)، ولسان العرب (٣٨٦/٨). وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: تسليط الغير على حفظ ماله الوديعة ما يترك عند الأمين، وعرفها الشافعية بأنها: اسم لمال يضعه مالكه، أو من يقوم مقامه، عند آخر ليحفظه. ينظر: تبيين الحقائق (٧٦/٥)، والبحر الرائق (٢٧٣/٧)، وروضة الطالبين (٣٢٤/٦)، والنجم الوهاج (٣٤٣/٦).

(٢) صورة المسألة: وذلك فيمن أودع زيد لعمرو وديعة؛ فتعدى عمرو على الوديعة بأن استعملها، ثم ردها في موضعها فهلكت. ينظر: الحاوي الكبير (٣٦١/٨)،

(٣) ينظر: الإقناع (ص: ١١٣)، والحاوي الكبير (٣٦١/٨)، والمهذب (١٨٦/٢).

(٤) ينظر: المبسوط (١١٤/١١)، وبدائع الصنائع (٢١٢/٦).

(٥) والمقصود بالخلاف أن يستعمله في خلاف العقد، وعقد الوديعة عقد أمانة. ينظر: المبسوط (١١٥/١١)، والحاوي الكبير (٣٦٣/٨).

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

(٧) ينظر: المبسوط (١١٥/١١)، وبدائع الصنائع (٢١٢/٦).




❊ دليلنا: أن يد الوديعة ارتفعت، فيرتفع عقد الوديعة[١].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه يثبت يد العدوان؛ لأن العين دخلت في ضمانه، والضمان ضمان التعدي، وإنما قلنا: تثبت يد العدوان؛ لأن العين دخلت في ضمانه.

بدليل: أن صاحبكم نص على أنه إذا عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان[٢]، والبراءة إنما تكون بعد وجوب الضمان، فدل أن العين دخلت في ضمانه، والضمان ضمان التعدي، فلولا أن يد التعدي ثابتة، وإلا لما دخلت في ضمانه؛ لأن ضمان التعدي يبنى على يد التعدي، فإذا ثبت أن يد العدوان تثبتت، فلا بد من القول بارتفاع يد الوديعة؛ لأن بينهما تضاد وتنافي؛ لأن يد الوديعة يد أمانة، ويد العدوان مضادة ليد الأمانة، فلا بد من القول بارتفاعه.

وإذا ارتفع يد الوديعة ارتفع عقد الوديعة؛ لأن يد الوديعة ركن في العقد، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أن اليد معتبرة في الابتداء لتمام العقد[٣].

وأما الحقيقة: فلأن العقد إنما يراد للحفظ، والحفظ إنما يكون باليد، فدل أن اليد ركن، فإذا فات الركن فلا بد من القول بارتفاع العقد؛ لأنَّا لو بقينا العقد إنما بقيناه لإعادة اليد بحكم العقد السابق.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦٣/٨)، والمهذب (١٨٦/٢).

(٢) ينظر: المبسوط (١١٥/١١)، وبدائع الصنائع (٢١٢/٦).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٢١٢/٦). الحاوي الكبير (٣٦٣/٨).




ولا يتصور إعادة اليد بحكم العقد السابق ؛ لأن العقد إنما هو الأمر بالحفظ ، والأمر قد انتهى نهايته ، لأن الأمر إنما يراد للمقصود ، وهو الحفظ ، وقد اتصل المقصود بالأمر ، والمقصود إذا اتصل بالأمر انتهى الأمر نهايته بالخلاف ، وإذا انتهى الأمر لا يبقى ، فلا يبقى العقد ، فلا يتصور إعادة اليد بحكم العقد [١٢٨/ب] السابق ، فيرتفع .

والدليل عليه: إذا جحد ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان لهذا المعنى ، كذلك ها هنا(١) .

❖ ودليلهم: مودع موافق ، فوجب أن لا يجب الضمان عليه بهلاك العين ، كما لم يوجد الخلاف أصلًا(٢) .

وقولنا: موافق ، لا إشكال فيه ؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا عاد إلى الوفاق(٣) .

وإنما قلنا: مودع ؛ لأن عقد الوديعة باقٍ بعد الخلاف ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه باقٍ إلى حالة الخلاف ، وبالخلاف لا يرتفع العقد ، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فسائر العقود ، فإنها لا ترتفع بالخلاف من حيث الفعل ؛

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦٣/٨) ، والمهذب (١٨٦/٢) .

(٢) ينظر: المبسوط (١١٥/١١) ، وبدائع الصنائع (٢١٢/٦) .

(٣) وبيانه أنه إذا قال: احفظ مالي ، أو قال: احفظه أبدا . ولا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ، ثم لم يبطل بالخلاف ؛ لأن بطلان الشيء بما هو موضع لإبطاله ، أو بما ينافيه ، والاستعمال ليس بموضع لإبطال الإيداع ، وهو لا ينافيه . ينظر: المبسوط (١١٥/١١) .

كعقد الإيمان، فإنه لو ترك الصلاة والصوم لا يرتفع إيمانه، وكذلك الاستحفاظ بالأجرة لا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل.

وأما الحقيقة: فلأن الخلاف لا يلاقي الأمر وإنما يلاقي المأمور، وإذا لم يلاق الأمر فلا يرفعه، كما قلنا في سائر أوامر الشرع، فإنها لا ترتفع بالخلاف من حيث الفعل كذلك ها هنا.

ولأن العقد بعد ما صح لا يرتفع إلا بما يضاده، أو بما وضع لرفعه، ولم يوجد ها هنا شيء من هذا، أما الموضوع للرفع فلم يوجد؛ لأن الموضوع للرفع هو الرد، ولم يوجد، وكذلك المنافي لم يوجد؛ لأن الخلاف من حيث الفعل لا يكون منافيًا له، لأن عقد الوديعة عقد استحفاظ، والاستحفاظ طلب الحفظ، والخلاف من حيث الفعل لا ينافي طلب الحفظ، بل هو مقدر للطلب، فعلى الحقيقة هو شرط صحة الطلب؛ لأن الحفظ إنما يطلب من الممتنع عن الحفظ، لا من المقدم على الحفظ، فدل أن المنافي أيضًا لم يوجد، فبقي فدل أنه مودع موافق[1].

الجواب:

قولهم: مودع موافق،

قلنا: لا نُسَلِّم أنه مودع؛ لما بَيَّنَّا أن عقد الوديعة ارتفع، فيرتفع كونه مودعًا.

قولهم: بأن الخلاف لا يرفع العقد كالإيمان.

---

(١) ينظر: المبسوط (١١/١١٥)، وبدائع الصنائع (٦/٢١٢).




قلنا: ليس هذا كعقد الإيمان؛ لأن الركن في الإيمان إنما هو القول والاعتقاد[1]، والخلاف لا يلاقيه، بخلاف مسألتنا؛ لأن الركن هو اليد، والخلاف يلاقيه ويرفعه على ما بَيَّنَّا.

قولهم: الخلاف لا يلاقي الأمر، وإنما يلاقي المأمور.

قلنا: بلى، يلاقي المأمور، ولكن المأمور هو الحفظ، واليد ركن في الحفظ، وبالخلاف ارتفع اليد، فيرتفع العقد، بخلاف سائر الأوامر، فإن هناك الفعل ليس بركن، بل الركن هو الاعتقاد على ما بَيَّنَّا.

قولهم: لا منافاة بين الخلاف والعقد؛ لأن عقد الوديعة هو طلب الحفظ [١٢٩/أ] وطلب الحفظ إنما يصح من الممتنع.

قلنا: بلى، عقد الوديعة طلب الحفظ، ولكن طلب الحفظ للمالك، ولا يتصور طلب الحفظ للمالك بعد بقاء الحفظ لنفسه؛ لأن الطلب للتحصيل وطلب التحصيل إنما يصح ممن هو قادر على التحصيل، وهو حالة الخلاف لا يقدر على تحصيل الحفظ للمالك؛ لأنه ما دام مشغولًا بالحفظ لنفسه يكون عاجزًا عن الحفظ للمالك، وطلب الحفظ عن العاجز عن الحفظ محال، فدل أن المنافي قد وجد[2]، والله أعلم.



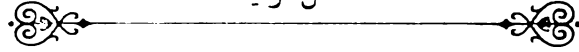
|١٦٣| مسألة:

إذا أودع عند صبي محجور عليه، أو عند عبد محجور عليه فأتلفاه؛

---

(١) ينظر: الفقه الأكبر (ص: ٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦٣/٨).



يجب عليهما الضمان عندنا(١)، وعندهم لا ضمان عليهما(٢).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن هذا الإيداع استحفاظ محض عندنا(٣)، وعندهم تمكين من الإتلاف(٤).

❊ دليلنا: أن سبب الضمان قد وجد، فوجب أن يجب(٥).

وإنما قلنا: أن السبب قد وجد لأن السبب إتلاف مال الغير بغير رضاه، وقد وجد؛ أما الإتلاف فظاهر، وأما الرضا أيضًا لم يوجد لا صريحًا ولا دلالة:

أما صريحًا فظاهر.

وأما دلالة فلم يوجد أيضًا؛ لأنه أذن له في الحفظ، والإذن في الحفظ مضاد للإتلاف، فالإذن بالحفظ لا يكون دليلًا على مضاده، فدل أن الرضا لم يوجد، فوجب القول بالضمان(٦).

❖ ودليلهم: أنه مكنه من الإتلاف، فلا يستحق الضمان، دليله: إذا مكنه

---

(١) وفيه وجه آخر للشافعية، بأنه لا يجب عليه الضمان. ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٨٤)، والتنبية (ص: ١١١)، والمهذب (٢/١٨١)، ونهاية المطلب (١١/٤٣٩)، والبيان (٦/٤٧٤).

(٢) وخالف الحنفية بذلك أبو حنيفة، وصاحبه محمد بن الحسن، فإنهم يريان كما يرى الشافعية في هذه المسألة. ينظر: الأصل (٨/٤٣٥)، والمبسوط (١١/١١٨)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٨٤)، والمهذب (٢/١٨١)، وبحر المذهب (٦/٢٢١)، والبيان (٦/٤٧٤).

(٤) ينظر: المبسوط (١١/١١٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٨٤)، والمهذب (٢/١٨١)، وبحر المذهب (٦/٢٢١)، والبيان (٦/٤٧٤).

(٦) ينظر: المراجع السابقة.




من الإتلاف صريحًا(١).

وإنما قلنا: مكنه من الإتلاف؛ لأن للمالك في هذا العين ملك يد، وملك عين فبالإيداع نقل إليه ملك اليد، وأثبت يده على العين؛ لأن ثبوت يده مضاف إلى إثبات المودع، والمودع إنما يكون ممتنعًا من إتلاف هذه العين باليد، فإذا نقل إليه اليد فقد مكنه من الإتلاف من هذا الوجه، فدل أنه مكنه من الإتلاف، فلا يجب له الضمان.

ولا يلزم ما إذا أودع عبدًا فأتلفه حيث يضمنه؛ لأن هناك أيضًا مكنه من الإتلاف، إلا أن التمكن من الإتلاف إنما يعتبر في سقوط الضمان إذا وجد ممن يملك الإتلاف بنفسه، وفي العبد السيد لا يملك الإتلاف بنفسه، فلا يؤثر التمكين من الإتلاف(٢).

الجواب:

قولهم: مكنه من الإتلاف.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ لأنه إذا أودعه، والإيداع غير والتمكن من الإتلاف غير؛ وهذا لأن الإيداع استحفاظ، والاستحفاظ طلب الحفظ من الإتلاف، وطلب الحفظ من الإتلاف كيف يكون تمكينًا من الإتلاف [١٢٩/ب].

قولهم: بأنه نقل إليه ملك اليد، وهو تمكين من الإتلاف باليد.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل يتمكن من الإتلاف بملك الذات كسائر التصرفات،

---

(١) ينظر: المبسوط (١١/١١٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٠٧).
(٢) ينظر: المراجع السابقة.




فإنه تمكن منها بملك الذات لا باليد، ثم نقول: هذا اللفظ باطل؛ لأن قولهم: مكنه من الإتلاف، هذا إثبات المكنة للغير، والمكنة عبارة عن القدرة والقوة، والقدرة معنى في الشخص قائم به[1]، فالإنسان لا يقدر على إثبات القدرة للغير، بل الإيداع تقريب المحل منه، وتقريب المحل شرط الإتلاف، لا علة الإتلاف؛ أما العلة هو القدرة، والحكم أيضًا يضاف إلى صاحب العلة، لا إلى صاحب الشرط، إلا عند الضرورة، والله أعلم.




(١) ينظر: الكليات (ص: ٢٥٦).

مسائل قسم الفيء[1] والغنيمة[2]

۞|١٦٤| مسألة:

الغازي إذا قتل كافرًا يستحق سلبه[3] عندنا[4]، خلافًا له[5].

۞ دليلنا: أنه مال تفرد المسلم بالاستيلاء عليه، فوجب أن ينفرد بالملك كسائر الأموال المباحة[6].

وهذا لأن أموال الكفار مباحة فسبيل التملك فيها ما هو السبيل في سائر المباحات، والسبيل في سائر المباحات هو الاستيلاء، حتى أن لكل من

---

(١) الفيء لغة: مأخوذ من قولهم: فاء الفيء، إذا رجع، والمراد بالرجوع ـ هاهنا ـ: المصير، أي: صار للمسلمين. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٣١٦)، ولسان العرب (١/١٢٦). وفي الاصطلاح: هو المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بغير قتال. ينظر: البيان (١٢/٢٣٤).

(٢) الغنيمة لغة: مشتقة من الغنم، وأصل الغنم الربح والفضل. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ٣١٦)، ولسان العرب (١٢/٤٤٥)، وفي الاصطلاح: ما أخذ من الكفار بالقتال، وإيجاف الخيل والركاب. ينظر: كفاية النبيه (١٦/٤٧٣).

(٣) السلب: ما يسلب به، وهو أخذ الشيء بخفة واختطاف. والجميع الأسلاب، وكل شيء على الإنسان من اللباس فهو سلب. تهذيب اللغة (١٢/٣٠٠)، ومقاييس اللغة (٣/٩٢).

(٤) ينظر: الأم (٤/١٤٩)، ومختصر المزني (٨/٢٤٨)، والحاوي الكبير (٨/٣٩٣)، والتنبية (ص: ٢٣٥) وبحر المذهب (٦/٢٣١)، والتهذيب (٥/١٣٦)، والبيان (١٢/١٦٠).

(٥) ينظر: الأصل (٧/٤٤٤)، والسير (ص: ١١٨)، وشرح مختصر الطحاوي (٧/٥٠)، والمبسوط (١٠/٤٧)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٩٨).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٩٤)، وبحر المذهب (٦/٢٣٣).




استولى عليه يختص به، كذلك ها هنا، وهذا الأصل يقتضي أن يكون الأمر كذلك في سائر الغنائم، إلا أنا تركنا هذا الأصل في سائر الغنائم وجعلناها مشتركة لمصلحة عظيمة.

وتلك المصلحة هي أنَّا لو قلنا: من أخذ [لا][1] يختص، فأهل الحرب والشجعان يتركون الحراب ويشتغلون بأخذ المال؛ لأنهم إذا اشتغلوا بالحراب فضعفاء الجند يأخذون الأموال ويختصون بملكها، فأعرضنا عن ذلك، وجعلناه مشتركًا بين الكل، حتى أن الأقوياء يشتغلون بالحراب، والضعفاء يأخذون المال، بخلاف السلب، لأنَّا لو جعلناه مختصًا لا يؤدي إلى ترك القتال، بل يؤدي إلى الحث على القتال؛ لأن من علم أنه إذا قتل كافرًا يأخذ سلبه، تبادر إليه واشتغل به، فالمعنى الذي لأجله قلنا: بأن سائر الغنائم لا يختص بها الآخذ، قلنا: بأن السلب يختص به[2].

❖ ودليلهم: مال مأخوذ بقوة المسلمين، فوجب أن يكون مغنومًا مخموسًا؛ كسائر الغنائم[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه إذا قتل الكافر فبقوة المسلمين، لولا قوة المسلمين وشوكتهم لما تمكن من القتل، فدل أن هذا مال مأخوذ بقوة المسلمين، فوجب أن يكون مخموسًا؛ لأنه لما أخذ بقوة المسلمين يجعل

---

(١) يبدو أن هذا الحرف زائد؛ لأن هذه الكلمة تخالف تفسيرها فيما قبلها ومابعدها، والله أعلم.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) قال ابن السكيت: خمست القوم أخمسهم خمسا، إذا أخذت خمس أموالهم. تهذيب اللغة (٨٩/٧).

كأن القهر[١] وجد من الكل، فقد وجد بسبب الاستحقاق في حق الكل، ولا يختص واحد منهم يدل عليه، وهو أنه لو استولى على كافر وأخذه فإنه [١٣٠/أ] لا يختص به، فكذلك إذا قتله وجب أن لا يختص بسلبه، وكذلك لو قتل مُدْبِرًا فإنه لا يستحق سلبه، كذلك إذا قتله مقبلًا[٢].

الجواب:

قولهم: مال مأخوذ بقوة المسلمين.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل أخذه بقوة نفسه، أقصى ما في الباب أنه لولا المسلمون لما أقدم على القتل، فكأنه وجد من المسلمين تسبيب، وقد وجد من القاتل المباشرة، والاعتبار بالمباشرة، لا بالتسبيب كما قلنا في المثير مع الآخذ[٣]؛ لأن الصيد للآخذ لا للمثير، كذلك ها هنا، أما إذا قتل كافرًا مُدْبِرًا إنما لا يستحق سلبه؛ لأن الاستحقاق لكفافه الشر وقهره، وذلك لم يوجد؛ لأن شره قد اندفع بالهزيمة، فلا يستحقه لهذا المعنى، والله أعلم بالصواب.



|١٦٥| مسألة:

الغازي إذا جاوز الدرب[٤] فارسًا ثم نفق[٥] فرسه قبل شهود الوقعة لا

---

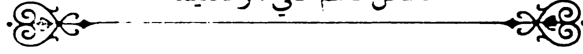
(١) القهر: الغلبة والأخذ من فوق، والله القاهر القهار، قهر خلقه بقدرته وسلطانه، فصرفهم على ما أراد طوعا أو كرها. ينظر: تهذيب اللغة (٥/٢٥٧)، ومقاييس اللغة (٥/٣٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٦٤)، والمبسوط (١٠/٤٧).

(٣) قال الماوردي: «فلو دل عليه رجل وأخذه آخر، ـ أي: الصيد ـ كان ملكا لآخذه دون الدال عليه». الحاوي الكبير (١٥/٣٩).

(٤) الدرب: الحد الذي بين دار الحرب ودار الاسلام. ينظر: الجامع الصغير (ص: ٣١٩).

(٥) نفق الفرس وكل بهيمة ينفق نفوقا: إذا مات. ونفق الدرهم ينفق نفوقا: إذا فني. ومنه قوله ﷺ:=



يستحق سهم الفرسان عندنا[1]، خلافًا لهم[2].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أنه بنفس مجاوزة الدرب لا ينعقد سبب الاستحقاق عندنا[3]، وعندهم ينعقد[4].

❊ دليلنا: أنه لم يوجد سبب الاستحقاق، فلا يستحق[5].

وإنما قلنا: لم يوجد سببه؛ لأن الغنيمة مال الله تعالى، فإنما يستحق بعمل واقع لله وهو الجهاد، ومجاوزة الدرب لا تكون جهادًا؛ لأن المجاهدة إنما تكون بعد شهود الوقعة، ولأن الجهاد فعل مع الكافر، وذلك إنما يكون بفعل وجد من المسلم واتصل بالكافر، كما في المضاربة[6]، لأنه فعل بين شخصين، وهذا لا يتصور إلا بعد شهود الوقعة، فمجاوزة الدرب لا تكون جهادًا

ولأن مجاوزة الدرب ليس إلا انتقال، وانفصال من مكان، واتصال بمكان، وهذا لا يكون جهادًا؛ كما إذا خرج من بيته متوجها إلى دار الحرب[7]،

= ﴿إِذًا لَّأَمۡسَكۡتُمۡ خَشۡيَةَ ٱلۡإِنفَاقِ﴾ [الإسراء: ١٠٠]، أي: خشية الفناء والنفاد. ينظر: تهذيب اللغة (٩/١٥٥).

(١) ينظر: الأم (٤/١٥٣)، والحاوي الكبير (٨/٤٢١)، والمهذب (٣/٢٩٨).

(٢) ينظر: المبسوط (١٠/٤٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٢٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٢٢)، والمهذب (٣/٢٩٨).

(٤) ينظر: المبسوط (١٠/٤٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٢٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٢٢)، والمهذب (٣/٢٩٨).

(٦) المضاربة: هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب. ينظر: الهداية (٣/٢٠٠)، وكنز الدقائق (ص: ٥٢٢).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٢٢)، والمهذب (٣/٢٩٨).

ولهذا المعنى إذا باع الفرس بعد مجاوزة الدرب لا يستحق سهم الفرسان لهذا المعنى، كذلك ها هنا[١].

❖ ودليلهم: غاز جاهد فارسًا، فوجب أن يستحق سهم الفرسان، كما إذا شهد الوقعة، ثم نفق فرسه[٢].

وإنما قلنا: جاهد فارسًا؛ لأن مجاوزة الدرب جهاد، بدليل الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقول الله تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٞ صَٰلِحٌۚ﴾[٣]، نَزَّلَ الله تعالى وطء الديار منزلة النيل منهم، فدل أنه جهاد[٤].

وأما المعنى: هو أن مجاوزة الدرب يفضي إلى الجهاد؛ لأنها تفضي إلى المحاربة والمقاتلة [١٣٠/ب] وإنما قلنا ذلك؛ لأن المسلمين إنما دخلوا دارهم لقصد المحاربة والمقاتلة، وهم إذا علموا ذلك فلا شك أنهم يقصدون قتل المسلمين، فدل أن مجاوزة الدرب تفضي إلى الجهاد، والمفضي إلى الشيء يعطى له حكم ذلك الشيء[٥]، ولأن الغنيمة إنما تستحق بالجهاد،

---

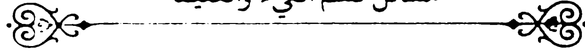
(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢١/٨).

(٢) ينظر: المبسوط (٤٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢٧/٧).

(٣) سورة التوبة: آية ١٢٠.

(٤) قال تعالى: ﴿وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا﴾، يعني: لا يصيبون من عدو قتلا أو أسرا أو غنيمة أو هزيمة أو غير ذلك ﴿إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٞ صَٰلِحٌۚ﴾، يعني: يضاعف حسناتهم على حسنات القاعدين ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجۡرَ ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾، أي: لا يبطل ثواب المجاهدين». ينظر: تفسير السمرقندي (٩٧/٢)، وتفسير الزمخشري (٣٢١/٢).

(٥) ينظر: فصول البدائع في أصول الشرائع (٣٤٧/٢).



والجهاد من المجاهدة، وهي عن الكر[1] والفر[2]، وبمجاوزة الدرب يحتاج إلى الكر والفر، لأنه دخل دار أعداء الله، إلا أن تمام الجهاد إنما يكون حالة حقيقة المحاربة، فللجهاد ابتداء وانتهاء، فمجاوزة الدرب أول أجزاء الجهاد، والحكم إذا علق بسبب فإنه يتعلق بأول أجزاء السبب[3]، وأول الأجزاء مجاوزة الدرب، ولأن حقيقة الحراب ليس بشرط، فإن عندنا يتعلق بمجاوزة الدرب، وعندكم يتعلق بشهود الوقعة[4]؛ لكونها مفضية إلى المحاربة، فما صرنا إليه أولى؛ لأنه أول جزء من أجزاء السبب على ما بَيَّنَّا[5].

الجواب:

قولهم: غاز جاهد فارسًا.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل جاهد راجلًا.

قولهم: أن مجاوزة الدرب جهاد.

قلنا: لا نُسَلِّم.

---

(١) الكر: الرجوع على الشيء، ومنه التكرار. ينظر: تهذيب اللغة (٩/٣٢٧)، ومختار الصحاح (ص: ٢٦٨).

(٢) الفر: الروغان والهرب من شيء خافه. ينظر: لسان العرب (٥/٥٠) وتاج العروس (١٣/٣١١).

(٣) ومن ذلك إيجاب الصلاة لأجل دخول الوقت؛ فثبت أن الوقت هو السبب، وكل جزء من الوقت سبب تام، فإنه لو كانت السببية تتعلق بالجميع لوجبت الصلاة بعد الوقت كالزكاة بعد الحول. ينظر: أصول الشاشي (ص: ٣٦٤) وتقويم الأدلة (ص: ٦٢).

(٤) ينظر: الأم (٤/١٥٣)، والحاوي الكبير (٨/٤٢١)، والمهذب (٣/٢٩٨).

(٥) ينظر: المبسوط (١٠/٤٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٢٧).

أما تمسكهم بالآية، فإن فيها تنزيل وطء ديارهم منزلة القتل والجهاد.

قلنا: إنما نزل منزلته في استحقاق الثواب، لا في كونه جهادًا سببًا للغنيمة؛ كقوله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾[١]، الله تعالى نزّل الخروج من البيت منزلة الشهادة أو الجهاد في الثواب، كذلك ها هنا[٢].

قولهم: بأن مجاوزة الدرب تفضي إلى الجهاد.

قلنا: كما أن مجاوزة الدرب تفضي إلى الجهاد، فالخروج من البيت أيضًا يفضي إلى الجهاد، ثم لا يعطى له حكم الجهاد، وكذلك ها هنا.

قولهم: بأن الحكم يتعلق بأول جزء من السبب.

قلنا: بلى، لكن لا نُسَلِّم بأن مجاوزة الدرب أول السبب، بل أجزاء السبب هو شهود الوقعة لما بَيَّنَّا أن الجهاد جهاد مع الكافر، وذلك إنما يكون بفعل وجد من المسلم واتصل بالكافر، وذلك شهود الوقعة.

قولهم: حقيقة المحاربة ليست معتبرة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي معتبرة، ولئن سلمنا قلنا: إنما لا يعتبر؛ لأن الفرس حالة شهود الوقعة، إنما يحتاج إليه للكر والفر والإقبال والانهزام والاتباع، غير أن أحوال المحاربين في تلك الحالة مختلفة؛ فرب إنسان تكون المحاربة فارسًا عليه أيسر وأنكى في العدو، ورب إنسان محاربته راجلًا عليه أيسر

---

(١) سورة النساء: آية ١٠٠.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٢٢).

وأقرب إلى الظفر، وقد يتفق [١٣١/أ] حالة تكون للفرس على الرجل، فإذا كانت الأحوال مختلفة، فالشرع أعرض عن حقيقة الحراب، وأقام شهود الوقعة مقام حقيقة الحراب، فإذا شهد الوقعة فارسًا قلنا: بأنه يستحق سهم الفرسان،

فإن قلتم: وجب أن تقام مجاوزة الدرب مقامه، قلنا: إقامة الوقعة أولى؛ لأنه أقرب الأسباب إلى حقيقة الجهاد[١]، والله أعلم.



|١٦٦| مسألة:

سهم ذوي القربى فائت بعد وفاة النبي ﷺ، وكذلك سهم النبي ﷺ فائت[٢]، وعندهم غير فائت[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن سهم ذوي القربى في حال حياة النبي ﷺ إنما يثبت بعلة القرابة عندنا[٤]، وعندهم بعلة النصرة[٥].

❊ دليلنا: ظاهر كتاب الله تعالى، وهو قوله تعالى: ﴿وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾[٦]، ومن جهة المعنى قرابة منعت مالًا[٧].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٢٢/٨).
(٢) ينظر: الأم (١٥٤/٤)، ومختصر المزني (٢٥٠/٨)، والحاوي الكبير (٣٨٩/٨).
(٣) ينظر: المبسوط (٩/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢٥/٧).
(٤) ينظر: الأم (١٥٤/٤)، ومختصر المزني (٢٥٠/٨)، والحاوي الكبير (٣٨٩/٨).
(٥) ينظر: المبسوط (١٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢٥/٧).
(٦) سورة الأنفال: ٤١.
(٧) ينظر: الأم (١٥٤/٤)، ومختصر المزني (٢٥٠/٨)، والحاوي الكبير (٣٨٩/٨).

معناه أنها منعت الزكاة، فتمنع مالًا وهو الخمس، وهذا لأن حرمة الزكاة إنما كانت تشريفًا لهم؛ لأنها غسالة أوساخ الناس، فالشرع نزههم عن ذلك تشريفًا لهم، وعوضهم بخمس الخمس حتى يقوم مقام ذلك، هذا كقرابة واحد منا لما منعت مالًا وهو الوصية منحت مالًا، وهو الميراث، حتى يقوم مقامه، كذلك ها هنا، وإلى هذا أشار النبي عليه السلام حيث قال: «أن الله حرم عليكم غسالة أوساخ الناس وعوضكم بخمس الخمس»(١)(٢).

ودليلهم ما روي عن النبي ﷺ: أنه لما فتح خيبر(٣) وقاسم الغنائم، أعطى خمس الخمس لبني المطلب وبني هاشم، ولم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس، جاء عثمان وهو من بني عبد شمس، وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل، وقالا: لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله تعالى فيهم، لكن نحن وبنو المطلب في القرب منك سواء، فلم أعطيتهم وحرمتنا؟ قال النبي ﷺ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام»(٤) وفي رواية:

---

(١) هذا الحديث ذكره المؤلف فيما يبدو لي بعد البحث والتتبع في كتب السنة بالمعنى، من حديث عبد المطلب بن ربيعة مرفوعا «إن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس وأنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد» وقال فيه «أصدق عنهما من الخمس» رواه مسلم في صحيحه، باب: ترك استعمال آل النبي على الصدقة (٢/٧٥٢)، برقم: ١٠٧٢.

(٢) ينظر: الأم (٤/١٥٤)، ومختصر المزني (٨/٢٥٠)، والحاوي الكبير (٨/٣٨٩).

(٣) خيبر: الموضع المذكور في غزاة النبي، ﷺ، وهي بلدة معروفة، تبعد عن المدينة ١٦٥ كيل شمالا على طريق الشام، يطلق هذا الاسم على الولاية وتشتمل هذه الولاية على سبعة حصون ومزارع ونخل كثير، وأسماء حصونها: حصن ناعم وعنده قتل مسعود بن مسلمة ألقيت عليه رحى، والقموص حصن أبي الحقيق، وحصن الشّقّ، وحصن النّطاة، وحصن السّلالم، وحصن الوطيح، وحصن الكتيبة، ينظر: معجم البلدان (٢/٤٠٩)، ورحلة الشتاء والصيف (ص: ٢٣٩)، المعالم الأثيرة في السنة والسيرة (ص: ١٠٩).

(٤) رواه البخاري، في كتاب: المناقب، باب: مناقب قريش، (٤/١٧٩)، برقم: ٣٥٠٢.

«إنهم معي كهاتين» وشبك بين أصابعه[(١)]، فدل أنهم يستحقون بالنصرة، والنصرة قد انقطعت بعد وفاة النبي ﷺ، ومن جهة المعنى: سهم من الغنيمة فلا يستحق، بعلة القرابة[(٢)].

♦ **دليلهم:** سهم اليتامى والمساكين، وهذا الفقه، وهو أن الغنيمة مال الله تعالى، إنما يستحق بوقع الله تعالى، والقرابة ليست بعمل [١٣١/ب] يقع لله تعالى، بل النصرة عمل وقع لله تعالى فيصلح سببًا.

الجواب:

قولهم: بأن النبي ﷺ أعطى بني هاشم وبني المطلب.

قلنا: بلى، وهو دليل على أنه يعطي بعلة القرابة؛ لأنهم أقرباء النبي ﷺ.

قولهم: لم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس.

قلنا: الأصل في الاستحقاق قرابة بني هاشم، إلا أنه أعطى بني المطلب إلحاقًا بهم، فجعل النصرة علة الاستحقاق، وبعد الاستحقاق الكل أخذوا بعلة القرابة، ولم توجد علة الاستحقاق في حق بني نوفل وبني عبد شمس، ثم نقول: إن وجد علة الاستحقاق في حق الكل، إلا أنه وجد منهم إيذاء الرسول صلوات الله عليه، فالنبي ﷺ حرمهم مجازاة، ويجوز ذلك؛

---

(١) هذه الرواية زيادة من أبي داود والنسائي، الذي سبق تخريجه في الحديث السابق. رواه أبو داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: في بيان مواضع قسم الخمس، وسهم ذي القربى (١٤٥/٣)، برقم: ٢٩٧٨ والنسائي، في كتاب: قسم الفيء، باب: قسم الفيء، (١٣٠/٧)، برقم: ٤١٣٧.

(٢) ينظر: المبسوط (١٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢٥/٧).

كالابن إذا قتل الأب[١].

قولهم: سهم من الغنيمة.

قلنا: لم قلتم بأنه لا يستحق بعلة القرابة ؟.

قولهم: لا تأثير للقرابة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل للقرابة تأثير، لأن هذا مال تشريف وكرامة، ولقرابة الرسول ﷺ تأثير في استحقاق مال التشريف والكرامة[٢]، والله أعلم بالصواب.



(١) ينظر: التهذيب (٥/١٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٩٠).

مسائل قسم الصدقات

|١٦٧| مسألة:

يجب صرف الزكوات إلى الأصناف الثمانية عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الزكاة عندنا حق الفقراء[٣]، وعندهم حق الله تعالى، والفقر منصرف[٤].

❊ دليلنا: أن نقول مال مضاف إلى أصناف بأوصاف، فلا يجوز إعطاء البعض وحرمان البعض، كما إذا أوصى رجل لهؤلاء[٥].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن هذا المال إنما يكون مضافًا إليهم على سبيل التمليك والاستحقاق، والدليل عليه النص والمعنى:

أما النص: فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾[٦]، أضاف

---

(١) أي: يصرف بينهم بالسوية. ينظر: اللباب (ص: ١٨٢)، والحاوي الكبير (٤٧٨/٨)، والمهذب (٣١٢/١)، ونهاية المطلب (٥٦٤/١١)، والوسيط (٥٦٩/٤).

(٢) أي: يجوز صرفها إلى بعض أو أحد الأصناف الثمانية. ينظر: الحجة (٤٩٥/١)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٧٧/٢)، وتحفة الفقهاء (٢٩٩/١)، وبدائع الصنائع (٤٦/٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٩/٨)، والمهذب (٣١٢/١).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٨٠/٢). وبدائع الصنائع (٤٧/٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٩/٨)، والمهذب (٣١٢/١).

(٦) سورة التوبة: آية ٦٠.




إليهم بلام التمليك.

وأما المعنى: لأن الواجب هو المال، والمضاف إليهم هو المال، والمال لا يراد لعينه، وإنما يراد للانتفاع، والانتفاع للفقير، وهو المنتفع، فدل أنه حق الفقراء، فإذا ثبت بأن المال حقهم، فلا يجوز إعطاء البعض وحرمان البعض[1].

❖ ودليلهم: أن الزكاة عبادة وجبت حقًا لله تعالى؛ لأنها وجبت شكرًا للنعمة على ما عرف[2].

وقد تقدم تقريره في مسائل الزكاة[3]، غير أن الله تعالى أمر بالصرف إلى الفقراء بدلًا عن الرزق الموعود لهم؛ لأنه لما خلقهم ضمن رزقهم، فصار الفقير مصرفًا، وإنما يكون مصرفًا لأجل [١٣٢/أ] الحاجة، وأسباب الحاجة وإن كانت مختلفة، إلا أن أصل الحاجة واحد، فإذا أدى إلى واحد فكأنه أدى إلى الكل، فقلنا: بأنه يجوز، يدل عليه: وهو أن الفقير لما كان مصرفًا فاستيعاب جميع المصرف ليس بشرط كما في التكفير[4]، فإن الاستيعاب في التسوية ليس بشرط لأنها مصرف، كذلك ها هنا[5].

الجواب:

قولهم: بأن الزكاة حق الله تعالى.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢/٣٨٠). وبدائع الصنائع (٢/٤٧).

(٣) في الجزء الأول من التحقيق والذي حققه الطالب: حسن بن عون العرياني.

(٤) ينظر: المبسوط (٧/١٨).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢/٣٨٠). وبدائع الصنائع (٢/٤٧).




قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو حق الفقير على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأنها وجبت شكرًا للنعمة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل وجبت مواساة وإرفاقًا بهم باعتبار أخوة الدين، وشكر النعمة أيضًا قد حصل في ضمن المواساة وامتثال الأمر.

ولئن سلمنا أنه حق الله تعالى والفقير مصرف، وإنما يصرف باعتبار الحاجة، ولكن أسباب الحاجة معتبرة، كما أن نفس الحاجة معتبرة؛ لأن الله تعالى نص على أسباب الحاجة كما نص على نفس الحاجة، وأسباب الحاجة في كل صنف شيء آخر، فوجب أن نعتبر جميع أسباب الحاجة كما في الوصية؛ وهذا لأن الحاجة أمر باطن، فالشرع أعرض عنها، وأقام سبب الحاجة مقامها، فلا يجوز الإعراض عنها، كما في السفر مع المشقة[1]، والله أعلم.



|١٦٨| مَسْأَلَة:

يجوز لرب المال تفرقة زكاة الأموال الظاهرة[2] على الفقراء بنفسه في قول، ولا يجوز في آخر[3]، وهو مذهبهم[4].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٤٨١).

(٢) الأموال الظاهرة: هي المواشي، والثمار، والزروع، وزكاة المعدن. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٣٥)، والبيان (٣/٣٨٩).

(٣) ينظر: اللباب (ص: ١٨٢)، والإقناع (ص: ٧٠)، وبحر المذهب (٦/٣٠٧)، وحلية العلماء (٣/٢٦)، والتهذيب (٥/٢٠٠).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (ص: ١٢٧)، وتحفة الفقهاء (١/٢٧٥)، وبدائع الصنائع (٢/٣٥).



ويجوز في الأموال الباطنة[1] بالاتفاق[2].

ومدارها تحقيقًا على [...][3].

❊ دليلنا: أنه أوصل الحق إلى مستحقه، وهو من أهل الإيصال، والآخر من أهل الاستيفاء، فوجب أن يصح[4].

وإنما قلنا: أوصل الحق إلى المستحق؛ لأنه أوصله إلى الفقير، وهو المستحق.

وإنما قلنا: أنه من أهله بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الأهلية بمعاني قائمة في الشخص، وهو موجود.

وأما الحكم: فلأنه أهل للإيصال إلى الإمام، فيكون أهلًا للإيصال إلى الفقير أيضًا؛ لأن الأهلية لا تختلف، ولأن الإمام نائب، والفقير لما كان أهلًا للصرف إلى النائب، فأولى أن يكون أهلًا للصرف إلى الأصل.

وإنما قلنا: أن الآخذ من أهل الأخذ؛ لأن الآخذ هو الفقير، وهو أهل، بدليل الحقيقة والحكم:

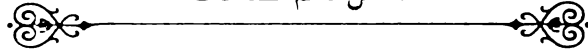
---

(١) الأموال الباطنة: هي الذهب والفضة وأموال التجارة. ينظر: بدائع الصنائع (٢/٣٥)، والبيان (٣/٣٨٩).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (١/٢٧٥)، وبدائع الصنائع (٢/٣٥)، واللباب (ص: ١٨١) والإقناع (ص: ٧٠).

(٣) يبدو أن هناك سقطا، وبالرجوع إلى كتب الفقه وأصوله، لم أجد من أشار إلى هذا السقط، والله أعلم.

(٤) ينظر: بحر المذهب (٦/٣٠٨).



أما الحقيقة: فلأن الأهلية تثبت بمعانٍ قائمة في الشخص، وهي موجودة.

وأما الحكم: فلأنه أهل للأخذ من الإمام، فوجب أن يكون أهلًا [١٣٢/ب] للأخذ من المالك، لأن الأهلية لا تختلف، والدليل عليه: أنه لو فرق بنفسه يقع موقعه فيما بينه وبين الله تعالى، فدل على أن الأهلية موجودة(١).

والدليل عليه: الأموال الباطنة، فإنه يجوز له أن يفرقها بنفسه(٢).

◆ **ودليلهم**: عللوا لجانب الفقير وقالوا: مولى عليه، فلا يجوز له الأخذ بنفسه كالطفل(٣)،

وإنما قلنا: مولى عليه؛ لأن الولاية إنما تثبت بالعجز، والفقراء عجزوا عن الأخذ لكثرتهم، ويتعذر اجتماعهم حالة واحدة، فإذا لحقهم العجز فالشرع أثبت الولاية للإمام عليهم، فصاروا موليًا عليهم من هذا الوجه.

ولأن الأموال الظاهرة محفوظة بحشمة(٤) الإمام، فالشرع أثبت للإمام الولاية ترغيبًا له في الحفظ، فإذا ثبت أن الولاية ثابتة للإمام فلا يجوز الدفع إلى الفقير(٥).

---

(١) ينظر: بحر المذهب (٣٠٨/٦).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٢٧٥/١)، وبدائع الصنائع (٣٥/٢)، واللباب (ص: ١٨١) والإقناع (ص: ٧٠).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٢٧٥/١)، وبدائع الصنائع (٣٥/٢).

(٤) الحشمة مأخوذة من الحشم، والحشم. خدم الرجل. والحشمة: الحياء والانقباض. ينظر: تهذيب اللغة (١١٥/٤)، ولسان العرب (١٣٥/١٢).

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء (٢٧٥/١)، وبدائع الصنائع (٣٥/٢).




الجواب:

قولهم: بأن الفقير مولى عليه.

قلنا: لا نُسَلِّم فإنه مكلف رشيد؛ فكيف يولى عليه؟!

قولهم: بأن الفقراء عجزوا لكثرتهم.

قلنا: العجز قبل التعيين، أما إذا عين المالك فلا يبقى العجز، والشرع أثبت للمالك ولاية التعيين، فإذا عين واحد فقد ارتفع العجز.

قولهم: بأن الأموال الظاهرة محفوظة بحشمة الإمام.

قلنا: هذا لا يدل على عدم الجواز كالأموال الباطنة؛ فإنها أيضًا محفوظة بحشمة الإمام، ومع ذلك له تفريقها بنفسه.

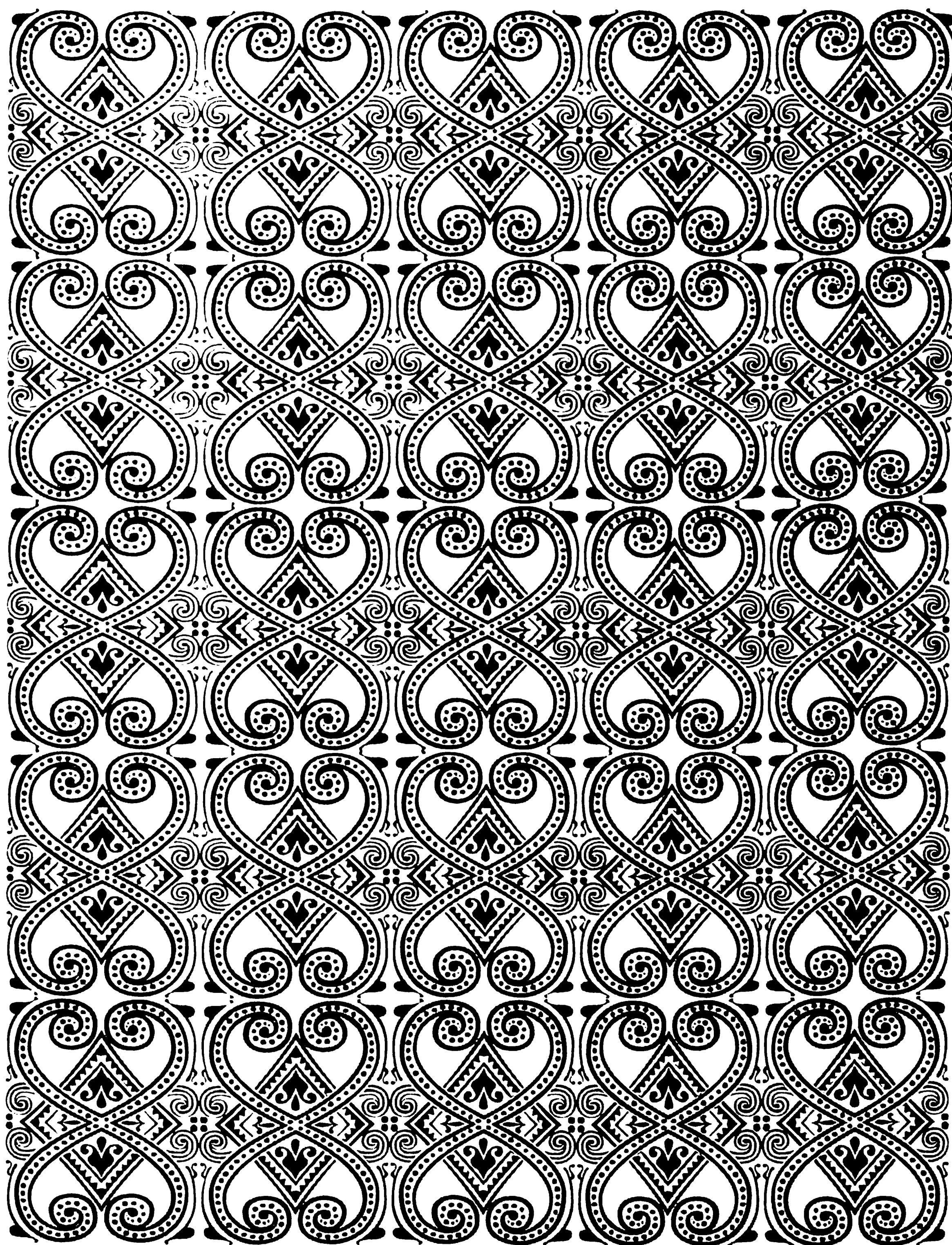
قولهم: بأن ذلك محفوظة بحشمة الملاك.

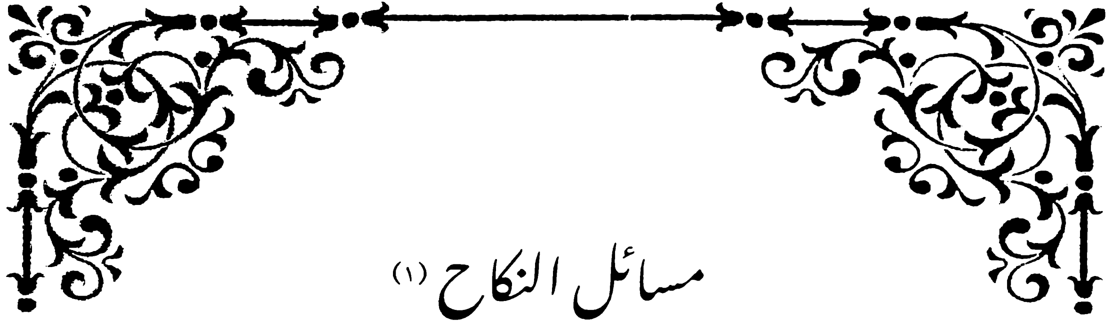
قلنا: لا نُسَلِّم، بل الكل مع الملاك محفوظة بحشمة الإمام؛ لأن الملاك في دار الإسلام، ودار الإسلام محفوظة بحشمة الإمام، ولئن سلمنا أنها محفوظة بحشمة الإمام دون الباطنة، لكن لم قلتم بأنه يتعين الإمام.

قولهم: للترغيب في الحفظ.

قلنا: الترغيب قد حصل بالثواب في الآخرة، فلا حاجة إلى إثبات الولاية له في الدنيا، والله أعلم بالصواب.





مسائل النكاح (١)

|١٦٩| مسألة:

التخلي لنوافل العبادات أفضل من الاشتغال بالنكاح، إلا إذا تاقت(٢) نفسه إلى النكاح عندنا(٣)، وعندهم الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادات في جميع الأحوال(٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن سبيل النكاح عندنا سبيل سائر المباحات؛ نحو المعاملات وغيرها(٥)، وعندهم سبيله سبيل المندوبات؛ [١٣٣/أ] نحو نوافل العبادات(٦).

---

(١) النكاح: النون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البضاع. وامرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم. والنكاح يكون العقد دون الوطء. يقال نكحت: تزوجت. وأنكحت غيري. ينظر: مجمل اللغة (ص: ٨٨٤)، مقاييس اللغة (٤٧٥/٥). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: هو عقد يرد على ملك المتعة، وعرفه الشافعية بأنه: عقد يتضمن إباحة استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع. ينظر: مجمع الأنهر (٣١٦/١) والنهر الفائق (١٧٤/٢)، والفقه المنهجي (١١/٤).

(٢) التوق: هو نزاع النفس إلى الشيء، تتوق إليه توقا، وتاقت نفسي إليه. ونفس تواقة: مشتاقة. ينظر: العين (١٩٩/٥)، وتهذيب اللغة (١٩٩/٩).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٢٦٤/٨)، والمهذب (٤٢٤/٢)، وبحر المذهب (٣١/٩)، والتهذيب (٢٣٠/٥)، والبيان (١١٣/٩).

(٤) ينظر: الكسب (ص: ٤٩)، والمبسوط (١٩٣/٤)، وتحفة الفقهاء (١١٨/٢).

(٥) ينظر: مختصر المزني (٢٦٤/٨)، ونهاية المطلب (٢٧/١٢).

(٦) ينظر: المبسوط (١٩٥/٤)، وبدائع الصنائع (٢٢٨/٢).




❊ دليلنا: أنه ليس بعبادة، فلا يقدم على العبادة كسائر المعاملات، والمباحات[١].

[...][٢] ليس بعبادة الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن العبادة اسم لفعل يأتيه العبد للتقرب إلى الله تعالى ولطلب الثواب، وهو موضوع لهذا[٣]، والنكاح لا يقصد به هذا المعنى، ولا هو موضوع لهذا.

وأما الحكم: فلأنه يصح من الكافر، والعبادة لا تصح من الكافر، فإذا لم يكن عبادة فلا يكون أفضل؛ لأن قولنا: هذا أفضل يعني الشرع طلب هذا على وجه لم يطلب غيره، والشرع طلب العبادات على وجه لم يطلب غير العبادات؛ لأن طلب الشرع إنما هو الإيجاب مرة، والندب والاستحباب أخرى، والإيجاب والندب إنما يدخلان في العبادات ابتداءً، لا في النكاح، بل هو من قبل المباحات؛ لأنه على وفاق الطبع، فلا حاجة فيه إلى باعث شرعي، بل باعث الطبعي كافي، فبقي على درجة الإباحة، فدل أنهما لا يتساويان في الطلب، فلا يمكن المصير إلى التقديم[٤].

❖ ودليلهم: أن النكاح على مصالحه دينية ودنيوية؛ فالاشتغال به

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٢٧/١٢). والتهذيب (٢٣١/٥).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط الكلمة غير مقروءة، لكن ممكن أن يقال: «الدليل أنه»؛ كما هي عادة المؤلف، في المسائل، والله أعلم.

(٣) ينظر: العدة في أصول الفقه (١٦٣/١).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٢٧/١٢). والتهذيب (٢٣١/٥).

أفضل، كالقضاء والإمامة[١].

أما المصلحة[٢] الدينية؛ فلأنه سبب لتحصين موجود، وتحصيل دين معدوم:

أما تحصين دين موجود: فلأنه سبب لصيانته عن الزنا، وفيه تحصين الدين على ما قال النبي عليه السلام: «من تزوج فقد حصن نصف دينه»[٣].

وأما تحصيل دين معدوم: فلأنه سبب لحصول الولد، وفي حصوله حصول الدين على ما قال النبي ﷺ: «كل مولود يولد على الفطرة»[٤] وفيه حفظها عن الفواحش على ما قال: «إنهن لحم على وضم[٥] إلا ما ذب

---

(١) ينظر: الكسب (ص: ٤٩)، والمبسوط (٤/١٩٤).

(٢) المصلحة: هي التي لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها. وسميت مطلقة لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء. علم أصول الفقه (ص: ٨٤).

(٣) رواه أبو داود في المراسيل، في باب: الترغيب في النكاح لما فيه من العون على حفظ الفرج، (٧/٣٤٠)، برقم: ٥١٠٠٢٢٤، ورواه الطبراني في المعجم الأوسط، في باب: الميم، باب: من اسمه محمد (٧/٣٣٢)، برقم: ٧٦٤٧. قال ابن حجر: إسناده ضعيف ينظر: التلخيص الحبير (٣/٢٥١).

(٤) رواه البخاري، في كتاب: الجنائز، باب: ما قيل في أولاد المشركين، (٢/٩٥)، برقم: ١٣٥٩، ورواه مسلم، في كتاب: القدر، باب: معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، (٤/٢٠٤٧)، برقم: ٢٢.

(٥) الوضم: الخشبة أو البارية التي يوضع عليها اللحم قال: أبو عبيد عن الأصمعي: «فهن في الضعف ـ يعني النساء ـ مثل ذلك اللحم الذي على الوضم، وشبه النساء به؛ لأن من عادة العرب في باديتها إذا نحر بعير لجماعته يقتسمون لحمه، أن يقلعوا شجرا كثيرا، ويوضم بعضه على بعض، ويعضى اللحم ويوضع عليه، ثم يلقى لحمه عن عراقه ويقطع على الوضم هبرا للقسم، وتؤجج نار، فإذا سقط جمرها اشتوى من حضر شواية بعد شواية على ذلك الجمر،=

عنهن»(١)، وفيه نوع نيابة عن الله ﷻ في إيصال الرزق إلى بعض عبيده، وفيه تحقيق حكم الله تعالى، وهو بقاء العالم إلى المدة المقدرة، وفيه إرضاء الرسول ﷺ على ما قال ﷺ: «تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة»(٢).

وأما المصالح الدنيوية فظاهرة؛ كالسكن والازدواج [واستبال الثبوت](٣)، وجعل القبائل قبيلة واحدة، وتكثير القرابات، وإذا اشتمل النكاح على هذه المصالح، كان الاشتغال به أولى؛ كالقضاء، فإنه لما اشتمل على مصالح دينية ودنيوية كان الاشتغال به أولى، وبيان المصلحة الدينية في القضاء هو بسط العدل، ورفع الظلم عن المظلوم، واستيفاء حدود الدين، والمصلحة الدنيوية هو اكتساب الجاه، وانتشار الصيت، واستبقاء الاسم بعد الموت [١٣٣/ب].

= لا يمنع أحد منه، فإذا وقعت فيه المقاسم وأحرز الشركاء مقاسمهم حول كل شريك قسمه عن الوضم إلى بيته، ولم يعرض أحد لما حازه. فشبه عمر النساء وقلة امتناعهن على طلابهن من الرجال باللحم ما دام على الوضم». ينظر: تهذيب اللغة (٦٦/١٢)، ومقاييس اللغة (١١٨/٦).

(١) هذا الأثر ليس من كلام النبي ﷺ كما أورده المؤلف؛ وإنما الصحيح أنه موقوف على عمر بن الخطاب ؓ، قال الزيلعي: بعد هذ الأثر «قلت غريب مرفوعا ورواه ابن المبارك موقوفا على عمر بن الخطاب من حديث محمد بن عمرو ابن علقمة عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه عن عمر بن الخطاب قال إنما النساء لحم على وضم إلا ما ذب عنه فخذوا على أيدي نسائكم حتى يبصر الشاب موضع قدميه». ينظر: تخريج أحاديث الكشاف (٣٣٧/٣).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه، في كتاب: النكاح، باب: وجوب النكاح وفضله، (١٧٣/٦)، برقم: ١٠٣٩١، والحديث أخرجه أبو بكر بن مردويه في تفسيره من حديث ابن عمر وإسناده ضعيف. ينظر: تخريج أحاديث الإحياء (ص: ٤٥٦)، والتلخيص الحبير (٢٤٨/٣).

(٣) هكذا كتبت في الأصل.

ثم القضاء مقدم لما فيه من المصالح، كذا النكاح، بل المصلحة في النكاح أكثر؛ لأن فيه مصلحة المعدومين والموجودين، بخلاف القضاء، وبيان أن كل ما تكون المصلحة فيه أكثر كان الاشتغال به أولى: لأن الشارع ما شرع الأشياء لمنفعة نفسه[١]؛ لأنه ميزه عن ذلك، بل المقصود منه منفعة العباد، ولا يلزم الكسب، فإن الكسب أيضًا مقدم على النوافل، ولو سلم فإنه لا يشتمل على ما يشتمل عليه النكاح[٢].

الجواب:

قولهم: النكاح يشتمل على مصالح.

قلنا: بمطلق المصالح لا يمكن ترجيحه، فلا بد من بيان المصلحة الأصلية التي وضع النكاح لأجلها؛ لأن المعنى الأصلي ترجح الشيء على الشيء، والمصلحة الأصلية إنما هو قضاء الشهوة والولد[٣]، وبمثل هذا لا

---

(١) ومما يدل على ذلك قوله تعالى في حض البشر على الطهر: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ﴾ [سورة المائدة: ٦]، وفي التماس الفتوى، قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [سورة البقرة: ١٨٣]، وفي الإقدام على العبادات التي تنأى بالإنسان عن المنكر، قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ [سورة العنكبوت: ٤٥]، واستعمال الحق المأذون فيه لدفع الظلم، قوله تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟﴾ [سورة الحج: ٣٩]، وفي ربط القصاص بالحكمة منه، ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [سورة البقرة: ١٧٩]، والآيات في هذا الصدد كثيرة.

(٢) ينظر: الكسب (ص: ٤٩)، والمبسوط (١٩٤/٤).

(٣) ينظر: تخريج الفروع على الأصول (ص: ٢٥٨).




يمكن القول بالترجيح ؛ لأن هذا موجود في الأكل ، لأن فيه قضاء الشهوة .

وأما الآدمي ؛ كما أن في النكاح قضاء الشهوة وحصول الآدمي ، ولأن الترجيح لا يتحقق بالنظر إلى المصلحة ، وإنما يتحقق بالنظر إلى الرتبة الشرعية ، وقد بَيَّنَّا أن رتبة الشرع في النكاح الإباحة ، لأنه على وفاق الطبع ، وإذا لم يكن مساويًا له في الرتبة كيف يمكن المصير إلى الترجيح ؟!

وأما حالة توقان النفس ؛ لا نقول: النكاح يقدم على نوافل العبادات ، بل نقول: صيانة النفس تقدم لأنها من قبيل الواجبات ، وأما القضاء والإمامة فغير مقدم على العبادات النافلة أيضًا ، اللهم إلا إذا كان الشخص متعينًا ، وفي تلك الحالة واجب[1] ، فهو إذا على الحقيقة تقديم الواجب على المندوب ، وكذا وضع الشرع ، والله أعلم .



|١٧٠| مسألة:

النكاح لا ينعقد بمباشرة النساء[2] عندنا[3] ، خلافًا لهم[4] .

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النكاح عندنا في جانب النساء من قبيل

---

(١) أي: أن القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع ، فإن قام به من يصلح ، سقط الفرض عن الباقين ، وإن امتنع الجميع ، أثموا ، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء . ينظر: روضة الطالبين (١١/٩٢) .

(٢) أي: أن المرأة تتولى عقد النكاح بنفسها . ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٨) ،

(٣) ينظر: الأم (٥/١٣) ، ومختصر المزني (٨/٢٦٤) ، والحاوي الكبير (٩/٣٨) ، والتنبية (ص: ١٥٨) ، ونهاية المطلب (١٢/٣٩) .

(٤) ينظر: الأصل (١٠/١٩٨) ، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٥٥) ، ومختصر القدوري (ص: ١٤٦) ، والنتف (١/٢٦٧) ، والمبسوط (٥/١٠) ،

المضارّ(١)، وعندهم من قبيل [المنار](٢)(٣).

❊ دليلنا: أن عقد النكاح إرقاق، فلا تملكه المرأة كالإرقاق بملك اليمين(٤).

والدليل على أن النكاح رق النص والحقيقة والحكم:

أما النص: فقوله ﷺ: «النكاح رق»(٥).

وأما الحقيقة: فلأن الحرية إنما تعرف بآثارها، وكذا الرق، فأثر الحرية الإطلاق من كل وجه عقد، وأثر الرق القيد، وبالعقد زال الإطلاق وحصل القيد، حتى صارت محبوسة عن الخروج كالرق، واللغة شاهدة لذلك؛ لأنه في اللغة عبارة عن الضعف(٦)، وصارت ضعيفة مقهورة مستفرشة.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٤)، والمهذب (٢/٤٢٦).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «المنار»، كما هي مثبتة في المتن، والصحيح هو قوله: «المنافع»، والله أعلم.

(٣) ينظر: المبسوط (٥/١٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٤)، والمهذب (٢/٤٢٦).

(٥) رواه أبو داود في المراسيل، في كتاب: النكاح، باب: ما جاء في تزويج الأكفاء، (ص: ١٩٢)، برقم: ٢٢٤، والترمذي في سننه، في كتاب: النكاح، باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه (٣/٣٨٧)، برقم: ١٠٨٥، والبيهقي في سننه، في كتاب: النكاح، باب: الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي (٧/١٣٢)، برقم: ١٣٤٨١، وقال البيهقي: «روي ذلك الحديث مرفوعا والموقوف أصح»، وقال العراقي: «رواه أبو عمر الشوقاني في كتاب معاشرة الأهلين موقوفا على عائشة وأسماء ابنتي أبي بكر الصديق قال البيهقي وروى ذلك مرفوعا والموقوف أصح». ينظر: سنن البيهقي (٧/١٣٢)، وتخريج أحاديث إحياء علوم الدين (٢/٩٧٢).

(٦) ينظر: مقاييس اللغة (٢/٣٧٧).




وأما الحكم: فلأن الكافر ممنوع عن [١٣٤/أ] نكاح المسلمة(١)؛ لهذا فإنه رق، والكافر ممنوع عن إرقاق المسلم، إذا ثبت أنه رق فكان ينبغي أن لا يجوز للولي أيضًا مباشرته، غير أن الشرع جوز للولي المصلحة في ضمن هذا الإرقاق، وتلك المصلحة لا تحصل إلا بمباشرة الولي؛ لأنه كامل العقل وافر الرأي، بخلاف المرأة فإنها ناقصة العقل قاصرة الرأى وافرة الشهوة، فبقي في حقها على أصل المنع؛ لأن الأصل أن يكون الإرقاق ممنوعًا(٢).

❖ **ودليلهم**: أنها تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف، فوجب القول بالصحة(٣).

وبيان خلوص حقها بالحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: هو أن النكاح يراد لثمراته، نحو السكن، والازدواج، وقضاء الشهوة، والولد، وغير ذلك، والكل لها ليس للولي فيها شيء.

وأما الحكم: فلأنها إذا طالبت الولي بالتزويج وجب عليه الإجابة(٤)، ولو كان للولي فيه حقًا لما وجب؛ لأنه لا يجب على الإنسان استيفاء حق نفسه، وإنما يجب استيفاء حق الغير، وبيان أهليتها الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فهو أنها أهل كسائر التصرفات.

وأما الحقيقة: فلأن الأهلية إنما تثبت بمعاني في الشخص، وهي

---

(١) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ سورة البقرة: ٢٢١.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٤)، والمهذب (٢/٤٢٦).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/١٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٤٩)، والحاوي الكبير (٩/٣٧).

موجودة فيها؛ ولأن هذا قولي، فأهليته إنما تكون بصحة القول، والمرأة صحيحة القول؛ ولأن أهل الشيء من كان قادرًا على ذلك الشيء[1]، والمرأة قادرة على تحصيل النكاح؛ لأن النكاح صورة ومعنى:

فصورته الإيجاب والقبول، وهي قادرة على تحصيل النكاح بالنطق.

وأما معناه: فالحل، والمرأة بعقلها، وغيرها قادرة على تحصيل ذلك؛ لأنها تعلم أن النكاح يباشر لهذا، ولهذا المعنى صح إقرارها بالنكاح، فكذا الإنشاء ينبغي أن يصح منها، وأما بقاء ولاية الولي عليها بعد البلوغ، لم يكن لعدم الأهلية، بل لحكمة شرعية، وهي رفع العار عنها وعن الأولياء، ففي الحقيقة هذه ولاية مدنية، فلا تسلب الأهلية على ما بَيَّنَّا[2].

والجواب:

قولهم: تصرفت في خالص حقها.

قلنا: لا كلام فيه على الأصح من المعنى، إنما الكلام في أهلية هذا التصرف وادعاؤهم أنها أهل دعوى ممنوعة، فنحن [ندل][3] أولًا على عدم أهليتها للنكاح، ثم نتكلم على دليلهم.

أما دليلنا على أنها ليست أهل، الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فبقاء الولاية عليها بعد بلوغها، وبقاء الولاية من أدل

---

(١) ينظر: الواضح في أصول الفقه (٥/٢٥٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/١٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٠).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت: «ندل» كما هي مثبتة في المتن، والصحيح هوقوله: «ندلل»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

الدليل على عدم الأهلية؛ لأن الأهلية عبارة عن القدرة، وبقاء [١٣٤/ب] الولاية دليل العجز؛ لأن الولاية إنما تثبت على العاجز.

وقولهم: أن الولاية الباقية مدنية.

قلنا: ليس كتلك؛ بدليل: أنه يجب على الولي الإجابة حتى لو امتنع يقضى، وليس هذا أثر المدنية(١).

وأما الحقيقة: فلأن الأهلية إنما تثبت عند كمال المعاني المثبتة للقدرة على التصرف؛ نحو العقل والبلوغ والرأي، وهذه المعاني قاصرة في حقها؛ لأنها ناقصة العقل بشهادة الشرع(٢)، قاصرة الرأي لا تنظر إلى عواقب الأمور، بخلاف سائر التصرفات، فإن أصل العقل والرأي كافٍ لثبوت الأهلية فيها؛ لأنها ليس لأصل العقل معارض يعارضه ويمنعه عن النظر في المصالح، بخلاف النكاح، فإن أصل العقل ليس بكافٍ؛ لأن له معارض يعارضه، وهو فرط الشهوة، وكثرة الشبق، وذلك يمنعها عن النظر في المصالح.

---

(١) ينظر: الوسيط (٥/٩٥).

(٢) لحديث أبي سعيد الخدري، قال: خرج رسول الله ﷺ في أضحى أو فطر إلى المصلى، فمر على النساء، فقال: «يا معشر النساء تصدقن فإني أريتكن أكثر أهل النار» فقلن: وبم يا رسول الله؟ قال: «تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن»، قلن: وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله؟ قال: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل» قلن: بلى، قال: «فذلك من نقصان عقلها، أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم» قلن: بلى، قال: «فذلك من نقصان دينها». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الحيض، باب: ترك الحائض الصوم، (١/٦٨)، برقم: ٣٠٤، ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النعمة والحقوق، (١/٨٦)، برقم: ٧٩.

فعلى الحقيقة صارت المرأة كعديمة العقل في حق هذا العقل ؛ خاصة لما بَيَّنَّا ، وأما الإقرار بالنكاح إنما يقبل إذا أقرت بنكاح باشره الولي ، لا بمطلق النكاح ، وإنما يقبل باعتبار الحاجة والضرورة ؛ لأنه ربما تتفق حالة لا يمكن إثبات النكاح بالبينة ، بأن تغيب الشهود ، أو يموتوا ، ولو لم تقبل يؤدي إلى إبطال أكثر الأنكحة ، بخلاف الإنشاء[1] ، والله أعلم.

١٧١ | مسألة:

يجوز للأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح عندنا[2] ، خلافًا لهم[3] ،

ومدار المسألة تحقيقًا: على الحرف المذكور في المسألة قبلها[4].

❊ دليلنا: أن الولاية مستمرة عليها بعد البلوغ ، وليس في إجبارها تفويت رأي عليها ، فيجوز إجبارها كالصغيرة[5].

وبيان استمرار الولاية عليها بعد البلوغ استمرار سببها ، وهو الأنوثة ، والدليل على أن السبب الأنوثة ما بَيَّنَّا في المسألة المتقدمة أن النكاح من قبيل

---

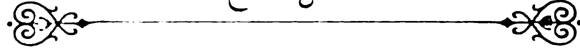
(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٤).

(٢) ينظر: اللباب (ص: ٣٠١)، الحاوي الكبير (٩/٥٢)، التنبية (ص: ١٥٧)، المهذب (٢/٤٢٩)، نهاية المطلب (١٢/٤٢).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/٢)، مختصر القدوري (ص: ١٤٦).

(٤) ومدار المسألة التي قبلها هي: على أن النكاح عند الشافعية في جانب النساء من قبيل المضارّ، وعند الحنفية من قبيل المنافع. ينظر: (ص: ١١٣).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٣)، وبحر المذهب (٩/٤٩).



المضار في جانبها[1]؛ لأنه إرقاق، والأصل أن لا يجوز، وإنما يجوز باعتبار الحاجة، والأنوثة هي المحوجة إلى النكاح، وهي المعجزة عن القيام بمصالح النكاح، فتكون سببًا ضرورة.

وبيان أنها هي المحوجة إلى النكاح؛ لأنها بالأنوثة تمهدت محلًا لقضاء الشهوة، وبيان أنها معجزة أنها تشعر بنقصان العقد وقصور الرأي، فتكون سببًا للولاية، وهي ثابتة بعد البلوغ فتثبت الولاية، وهذا الفقه، وهو أن النكاح وضع وشرع لمعانٍ كلها إنما تتحقق بعد البلوغ من [١٣٥/أ] السكن والازدواج وقضاء الشهوة والولد؛ فالولاية في مثل هذا العقد ينبغي أن يتعلق بمعنى وجد بعد البلوغ أيضًا، وذلك المعنى الأنوثة لا الصغر.

وبيان أنه ليس في إجبارها تفويت رأي عليها؛ لأن الرأي الذي يحصل بأمور النكاح والعلم بها علم يجري محسوس ليس بشيء عقلي، وإنما يحصل بالإحساس؛ كالذوق في المذوقات، وذلك إنما يحصل بالإصابة، ولو قدر حصوله بالاستخبار، وهي تستحي عن ذلك فلا يحصل الرأي كيف ما كان فيجوز الإجبار بخلاف الثيب[2]؛ لأن الولاية وإن كانت مستمرة في حقها أيضًا لكونها أنثى، لكن في إجبارها تفويت رأي حصل لها بالممارسة والاختبار[3].

❖ **ودليلهم**: أنها حرة بالغة عاقلة، فلا تجبر على النكاح كالثيب[4].

---

(١) ينظر: المسألة التي قبلها (ص: ١١٢).

(٢) قال الماوردي: «وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها ولا يقتضي ذلك أن ينفرد بالعقد دون وليها كما لا تنفرد به دون الشهود». الحاوي الكبير (٩/٤٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٣)، بحر المذهب (٩/٤٩).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٣).

وتحقيق الكلام وهو أن النكاح عقد مصلحة من الجانبين، والولاية فيه معللة بعلة الصغر، فزالت بالكبر، كولاية المال[1].

وبيان أنه مصلحة هو أنه لا يخلو إما أن عقد لقضاء الشهوة وللسكن والازدواج والولد إن كان عقد لقضاء الشهوة فهو مشترك بينهما، بل حظها أوفر، لأن الزوج متعين لقضاء شهوتها، وهي غير متعينة لقضاء شهوته.

وإن كان عقد للسكن وللولد فهو أيضًا مشترك بينهما، بل حظها فيه أوفر؛ لأن الولد منفصل منها حقيقة، ونسبته إلى الزوج تقديري شرعي، فدل أنه عقد مصلحة، وتسمية الشارع إياه رقًا كان بطريق المجاز، والحبس الذي فيه من جملة المصالح؛ لأن فيه الإعفاف والإحصان[2]، ففي الحقيقة الحبس متمم لمصالح النكاح، والمتمم للمصالح حكمه حكم المصالح كالفصد[3] والحجامة[4].

ولا يلزم بقاء الولاية بعد البلوغ لما بَيَّنَّا أن بقاء الولاية [بعد البلوغ لما

---

(١) وبيان ذلك: سبب ثبوت ولاية الأب في مال الصغيرة؛ لأنها عاجزة عن التصرف بنفسها، فأثبت الشرع ولاية الأب كيلا يتعطل مصالحها المتعلقة بذلك وقد عجزت عن التصرف في نفسها فوجب القول بولاية الأب عليها. ينظر: أصول الشاشي (ص: ٣٣٣).

(٢) الإحصان: هو إحصان الفرج: وهو إعفافه؛ ومنه قوله تعالى: أحصنت فرجها، والمحصنة: التي أحصنها زوجها، وهن المحصنات، فالمعنى أنهن أحصن بأزواجهن. والمحصنات: العفائف من النساء. ينظر: تهذيب اللغة (٤/١٤٥)، ولسان العرب (١٣/١٢٠).

(٣) الفصد: قطع العروق. وافتصد فلان: قطع عرقه ففصد. ينظر: العين (٧/١٠٢)، وتهذيب اللغة (١٢/١٠٤).

(٤) الحجامة: المص، يقال: حجم الصبي ثدي أمه إذا مصه، ينظر: الصحاح (٥/١٨٩٤)، وتاج العروس (٣١/٤٤٤).

بَيَّنَّا أن بقاء الولاية][1] على طريق الندب دفعًا للعار عن الأولياء وعنها؛ لأنَّا لو سلبنا الولاية بالكلية تحتاج في مباشرة العقد إلى الخروج والبروز، فينسب إلى الوقاحة[2] والرعونة[3]، فقد لحقها نوع عجز وضعف لهذا المعنى، فإذا طالبت الولي فقد استعانت بالولي، فوجب عليه الإعانة، ووجوب الإعانة عند الاستعانة لا ينافي كمال الحال.

أما الإجبار فإنه ينافي كمال الحال؛ لأن فيها إلحاقها بالجمادات، ولا يلزم جواز قبض الصداق المولى بعد بلوغها؛ لأنه إنما جاز باعتبار وجود [١٣٥/ب] الإذن منها دلالة؛ لأن الغالب أن الآباء يتولون قبض مهور بناتهم وصرفها إلى الجهاز الذي يحتجن إليه عند الزفاف، فكأنها أذنت للولي دلالة حتى أنها لو نهت إياه صريحًا لا يجوز؛ لأنه لا يبقى للدلالة حكم مع الصريح[4][5].

الجواب:

قولهم: أنها حرة بالغة عاقلة.

---

(١) الجملة مكررة لما قبلها، وفيما يبدو أنها من سهو الناسخ، والله أعلم.

(٢) الوقاحة: من وقح: والوقاح: الحافر الصلب، وبه شبه الرجل القليل الحياء، فقيل: وقح. ينظر: تهذيب اللغة (٨٣/٥)، ومجمل اللغة (ص: ٩٣٣).

(٣) الرعونة: يقال: رعن الرجل يرعن رعناً فهو أرعن، أي: أهوجُ، والمرأة رعناء، ويقال: جيش أرعن، إذا كان له فضول كرعون الجبال. ينظر: العين (١١٨/٢)، مجمل اللغة (ص: ٣٨٤).

(٤) من الأمثلة على القاعدة: أنه إذا دخل إنسان دار آخر بإذنه فوجد إناءً معداً للشرب فهو إذن بالشرب دلالة، فإذا أخذ ذلك الإناء ليشرب منه فوقع من يده وانكسر، فهو غير ضامن، وأما لو نهاه صاحب البيت أو الدار عن الشرب منه، ثم أخذه ليشرب به فوقع وانكسر، فإنه يضمن قيمته؛ لأن التصريح بالنهي أبطل حكم الإذن المستند إلى دلالة الحال. ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية (ص: ٢٠٢).

(٥) ينظر: المبسوط (٣/٥).




قلنا: بلى، لكنها أنثى، وهي لكونها أنثى تؤذن باستمرار الولاية؛ لأنها تنبئ عن العجز، وكونها بكرًا يؤذن بجواز الإجبار؛ لأنه لا رأي مع البكارة.

قولهم: عقد مصلحة من الجانبين.

قلنا: بلى، لكن مصلحة عرضية لا أصلية؛ لما بَيَّنَّا أنه إضرار، ولهذا سماه النبي ﷺ رقًا[(١)]، وفيه حبس، فشبه الرق الحقيقي.

قولهم: أنه سماه رقًا مجازًا.

قلنا: الأصل في الكلام الحقيقة[(٢)]، ولئن كان مجازًا، لكن لا بد من شبهة الرق، حتى يمكن تسميته رقًا، وشبهة الرق ملحقة بحقيقة الرق.

قولهم: بأن الحبس من تتمة المصلحة.

قلنا: تلك المصلحة قد تحصل التيسير والتحرر وترك التكشف، ولا يلزمكم هذا، إنما نلزمكم لزومها بيت الزوج، ومنع الزوج إياها عن الخروج والبروز؛ والدليل عليه: وجوب الإجابة على الولي.

قولهم: وجوب الإجابة لا يبقي كمال الحال.

قلنا: يبقي لأنها لو صارت قادرة على ذلك وجب أن لا تستعين، ولو استعانت وجب أن لا تجب الإعانة؛ لأن إعانة العاجز واجبة [لا إعانة العاجز واجبة][(٣)] لا إعانة القادر، كالغلام إذا بلغ لا يستعين، ولو استعان

---

(١) سبق تخريجه في (ص: ١١٣).

(٢) ينظر: أصول الشاشي (ص: ٥٢)، والخصائص (٢/٤٤٤).

(٣) الجملة مكررة لما قبلها، وفيما يبدو أنها من سهو الناسخ، والله أعلم.

لا تجب إعانته[١]، والله أعلم.



١٧٢| مسألة:

لا يجوز لأحد تزويج الثيب الصغيرة عندنا[٢]، وعندهم يجوز للأب والجد تزويجها وإجبارها[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على الأصل المتقدم أيضًا، وهو أن النكاح في جانبهن من المضار، والولاية فيه معللة بالأنوثة عندنا[٤]، وعندهم بالصغر[٥].

❊ **دليلنا:** أنَّا قد بَيَّنَّا أن النكاح إرقاق وإضرار[٦]، والأصل عدم الجواز[٧].

وإنما جوزنا باعتبار الحاجة لمصلحة فيه، فتقع المصلحة في مقابلة المضرة فتنجبر المضرة، فصار النكاح عقد مصلحة باعتبار العارض، وتلك المصلحة لا تتحقق في حق الصغيرة؛ أعني قضاء الشهوة والسكن والازدواج والولد، فيبقى النكاح إضرارًا محضًا في حقها، فلا يجوز المصير إليه[٨].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٣)، وبحر المذهب (٩/٤٩).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٦)، ونهاية المطلب (١٢/٤٢)، وبحر المذهب للروياني (٩/٦٣)، والتهذيب (٥/٢٥٦).
(٣) ينظر: الحجة (٣/١٤١)، الأصل (١٠/١٨٦)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٦)، والمبسوط (٤/٢١٢). وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٧)، وبحر المذهب (٩/٦٣).
(٥) ينظر: الأصل (١٠/١٨٦)، والمبسوط (٤/٢١٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).
(٦) ينظر: (ص: ١١٤).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٧)، وبحر المذهب (٩/٦٣).
(٨) ينظر: المراجع السابقة.

ودليلهم: أنها صغيرة، فيجوز إجبارها على النكاح كالبكر[1].

وهذا لما بَيَّنَّا من [١٣٦/أ] أن النكاح عقد مصلحة، فالولاية تثبت فيه بعلة الصغر، وأنه موجود يدل عليه أن الولاية إنما شرعت للعجز عن النظر لنفسه، والصغر ينبئ عن العجز؛ فدل أنها لعلة الصغر، ولا يقال أنها مشروع لأجل الحاجة، ولا حاجة في حق الصغيرة؛ لأن هذا بناء على أنه إضرار، وليس كذلك، بل هو مصلحة، فلا يتقيد بوقت، بل هو مشروع في جميع الأحوال، ولئن كان الأمر كما قلتم، ولكن الحاجة قد تحققت إلى الكفؤ؛ لأنه عزيز الوجود، فوجب المصير إليه[2].

الجواب:

قولهم: صغيرة.

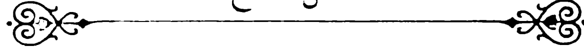
قلنا: بلى، ولكنها ثيب، أما البكر فالقياس أن لا يجوز تزويجها أيضًا لما بَيَّنَّا من عدم الحاجة، إلا أنَّا جوزنا بالنص، وهو ما روي: أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها من رسول الله ﷺ وهي صغيرة[3]، وكان الفقه فيه وجود سبب الحاجة في حق البكر، فأقمنا مقام حقيقة الحاجة؛ لأنه لا فائدة في اعتبار حقيقة الحاجة، لأن الإجبار بعد البلوغ جائز، بخلاف الثيب؛ لأن فيه فائدة، لأنها تستحق المراجعة.

---

(١) ينظر: الأصل (١٠/١٨٦)، والمبسوط (٤/٢١٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).

(٢) ينظر: المبسوط (٤/٢١٢)، بدائع الصنائع (٢/٢٤٥).

(٣) رواه البيهقي في سننه، في كتاب: النكاح، باب: باب نكاح الآباء وغيرهم، (١٠/٤١)، برقم: ١٣٥٥٩.



قولهم: بأن النكاح مصلحة.

قلنا: هو إضرار في نفسه، وإنما صار مصلحة باعتبار العارض، والعارض لم يوجد في حق الصغيرة.

وقولهم: بأن الولاية شرعت للعجز.

قلنا: لا لمطلق العجز، بل للعجز عما يحتاج إليه المولى عليه، ولم يوجد.

قولهم: بأن الحاجة إلى الكفؤ موجود.

قلنا: الكفؤ ليس بعزيز الوجود، ولا يجوز تحمل الضرر لأجل مثل هذه الحاجة[١]، والله أعلم.



|١٧٣| مسألة:

غير الأب والجد لا يملك تزويج الصغير والصغيرة عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣]، ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الشفقة القاصرة غير معتبرة؛ لثبوت ولاية الإجبار عندنا[٤]، وعندهم معتبرة[٥].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٧)، وبحر المذهب (٩/٦٣).

(٢) ينظر: الأم (٥/٢١)، ومختصر المزني (٨/٢٦٥)، والتنبية (ص: ١٥٨)، الحاوي الكبير (٩/٥٤) والمهذب (٢/٤٣٠)، ونهاية المطلب (١٢/٤٣)، وبحر المذهب (٩/٤٩)، والبيان (٩/١٧٨).

(٣) ينظر: الأصل (١٠/١٨٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٩٣)، ومختصر القدوري (ص:١٤٦)، والمبسوط (٤/٢١٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤)، والمهذب (٢/٤٣١)، وبحر المذهب (٩/٥٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٩٣)، والمبسوط (٤/٢١٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٨).

❊ دليلنا: أنه ولاية نظرية، فلا تثبت إلا لكامل النظر كولاية المال[1].

وبيان أنها ولاية نظرية؛ لأنها إنما تثبت على الصغيرة نظرًا لها لعجزها عن النظر، وإنما قلنا: لا تثبت إلا لكامل النظر؛ لأن ثبوت الولاية على الصغيرة نظرًا له نوع نظر من جهة الشرع.

والشارع ناظر للعباد، فإذا نظر يكمل النظر، ومن كمال النظر تفويض الأمر إلى كامل النظر، أما إلى قاصر النظر فلا؛ لأنه ترك النظر من كل وجه، وكما يستحيل من الشرع ترك النظر من كل وجه، يستحيل ترك النظر من [١٣٦/ب] وجه، ولأن الشرع إنما أثبت الولاية نظرًا ليقوم نظر المولى عليه، فيقام نظره، ونظره في حق نفسه كامل أن لو كان من أهل النظر، فنظر الولي وجب أن يكون كاملًا؛ لأن الكامل يقوم مقام الكامل لا الناقص.

وبيان أن النظر قاصر؛ لأن كمال النظر إنما يستفاد بأهلية النظر، بدليل الأجنبي؛ فإن أهلية النظر موجودة في حقه، بل المعتبر كمال الباعث على النظر، وذلك هو الشفقة الكاملة، والشفقة على النظر ها هنا قاصرة؛ بدليل العرف والشرع:

أما العرف: فإنا إذا راجعنا عرف الناس رأينا شفقة العم قاصرة.

وأما الحكم: ولاية المال، فإنه لا تثبت ولاية المال له لقصور شفقته، وعندكم لا يلزم العقد لقصور الشفقة[2]، فإذا ثبت نقصان الشفقة لم يحصل

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤)، والمهذب (٢/٤٣١)، وبحر المذهب (٩/٥٠).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٣١٥).




كمال النظر، فلا تثبت الولاية[١].

♦ ودليلهم: أنه وليها [محمو له][٢] تزويجها كالأب والجد[٣].

وبيان أنه وليها الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن سبب الولاية القرابة[٤]، وهي موجودة.

وأما الحكم: فلأنه وليها بعد البلوغ، كذا قبل البلوغ.

وبيان الولاية بعد البلوغ: أنه لو زوجها بعد البلوغ يجوز، وعندكم النكاح إنما يجوز إذا صدر عن الولي[٥]، فإذا ثبت الولاية بعد البلوغ كذا قبل البلوغ حالة استجلاب الولاية وما بعده حالة زوال الولاية، وإنما الولاية إنما تثبت للعجز، والعجز ها هنا موجود للصغر، فلا بد من القول بثبوت الولاية لوجود السبب والحكم المثبتة للولاية.

ولا يلزم ولاية المال؛ لأنَّا ننكر أن في شفقته نقصانًا لقصور القرابة، والمال محل الخيانة بخلاف البضع[٦]، ولأن الخلل لو وقع في المال لقصور الشفقة لا يمكن تداركه؛ لأن الظاهر أنه لا يبقى في يد واحد، بل تتكرر

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤)، والمهذب (٢/٤٣١)، وبحر المذهب (٩/٥٠).

(٢) هكذا كتبت في الأصل، وهذه الجملة ليس لها معنى، والصحيح قوله: «فيجوز له»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٩٥) والمبسوط (٤/٢١٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٨).

(٤) ينظر: قواطع الأدلة (٢/٤٠٣).

(٥) ينظر: الإقناع (ص: ١٣٤).

(٦) البضع: تقطيع اللحم وجعله بضعة بضعة. ومن المجاز: البضع: التزوج والنكاح، ويطلق كذلك على الفرج. ينظر: تاج العروس (٢٠/٣٣٠)، المخصص (١/٤٩٧).

الأيدي عليه بخلاف البضع[١].

الجواب:

قولهم: وليها.

قلنا: [فلأنه][٢] استبداد أم ولاية مستورة[٣]، وبمراجعة الأولى ممنوعة، والثانية مسَلَّمة، وولاية المراجعة إنما تثبت حالة استحقاق المراجعة، وذاك بعد البلوغ، فتلك الولاية أيضًا تثبت بعد البلوغ، فالحاصل أنما لا نُسَلِّم الولاية في حالة الصغر.

قولهم: أن سبب الولاية وجد، وهي القرابة.

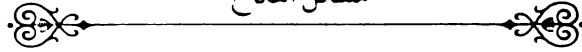
قلنا: القرابة الكاملة سبب، أما القاصرة فلا، بخلاف ما بعد البلوغ؛ لأن تلك الولاية ولاية مراجعة ومشورة والقرائن القاصرة كافية بمثل تلك الولاية؛ لأن اختيار الأزواج والتعيين [١٣٧/أ] إليها، وقد حصل لها نوع نظر ورأي بالبلوغ، فينضم إلى نظر الولي، فيتعاونان على تحصيل المقصود، فتثبت الولاية بخلاف ما قبل البلوغ؛ لأنه ليس لها نظر، فالكل مفوض إلى

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٩٥) والمبسوط (٤/٢١٤)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٨).

(٢) هكذا كتبت في الأصل، والصحيح قوله: «ولاية»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٣) تنقسم ولاية الولي إلى قسمين: القسم الأول: ولاية جبرية: وهي التي تُخَوِّلُ لصاحبها الاستقلال بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية لاستبداد الولي فيها إنشاء العقد دون مشاركة من المولى عليه. والقسم الثاني: ولاية لا جبر فيها: وهي التي تخول للولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد، ولكن الفقهاء اختلفوا في تسميتها. ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص: ٤٧٥)، والفقه على المذاهب الأربعة (٤/٣١).



الولي، فيحتاج إلى نظر كامل، ولم يوجد، فلا تثبت.

قولهم: بالولاية إنما شرع لعجز المولى عليه، وقد وجد.

قلنا: بلى، العجز قد وجد، لكن لا بد من سبب الولاية؛ لأن العجز حكمه ثبوت الولاية، والحكم يناط بالسبب لا بالحكمة، وعذره عن المال باطل؛ لأن الإلزام ما إذا كان الأخ أو العم عدلًا يجب، لو نصبه القاضي صار منصوبًا، فوجب أن ينتصب، ولنا بحكم القرابة لو كان هذا القدر سببًا للولاية[١]، والله أعلم.



|١٧٤| مسألة:

المصابة بالفجور، يعتبر نطقها لصحة عقد نكاحها عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الاكتفاء بالسكوت عليّه، لم يوجد في حقها عندنا[٤]، وعندهم وجد[٥].

❊ دليلنا: أنها ثابت بوقاع تام، فوجب أن تستنطق، كالمصابة بالنكاح الصحيح[٦].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٤)، وبحر المذهب (٩/٥٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٨)، والبيان (٩/١٨٣).

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن؛ فقد وافقا الشافعية في هذه المسألة. ينظر: المبسوط (٥/٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٨)، والتهذيب (٥/٢٥٦)، والبيان (٩/١٨٣).

(٥) ينظر: المبسوط (٥/٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٨)، والتهذيب (٥/٢٥٦)، والبيان (٩/١٨٣).

وهذا لأن طلب الرضا واجب في حق الثيب، والرضا شيء خفي إنما يعرف بدليل عليه، والسكوت ليس دليلًا عليه؛ لأنه يحتمل أشياء على ما لا يخفى، غير أن الشرع جعل السكوت إذنًا في حق البكر، فما وراء مورد الشرع بقي على هذا المعقول[1].

❖ ودليلهم: أن علة الاكتفاء بالسكوت قد وجدت[2].

لأن علته الحياء بدليل الشرع والحقيقة والحكم:

أما الشرع: فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «البكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت، وإن أبت فلا جواز عليها»، فقالت عائشة رضي الله عنها: إنها تستحي يا رسول الله، فقال ﷺ: «إذنها صماتها»[3]، فالنبي عليه الصلاة السلام أقام السكوت مقام الرضا؛ لأجل الحياء.

وأما الحقيقة: فلأن الحياء يعقد لسانها ويعجزها عن النطق عادة، فصارت كأنها عاجزة، ثم لو صارت عاجزة حقيقة بالخرس فإنه يكتفى بسكوتها[4]، كذا ها هنا.

وأما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أنه يكتفى بسكوت البكر، ولا يكتفى

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٤٤).

(٣) رواه البخاري في صحيحه: كتاب: النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، (٧/١٧)، برقم: ٥١٣٦، ورواه مسلم في صحيحه: كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (٢/١٠٣٦) برقم: ١٤١٩.

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٣)،

بسكوتها لصورة البكارة[١]؛ لأنه لا معنى لها، فتعين أنه لأجل الحياء، إذا ثبت أن الحياء علة فقد وجد الحياء ها هنا؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا لم يتكرر من جهتها الفاحشة، فإن التي تكرر من جهتها الفاحشة لا يكتفى بسكوتها لزوال الحياء الذي هو عليه[٢].

الجواب:

قولهم: أن علة الاكتفاء بالسكوت [١٣٧/ب] موجودة.

قلنا: لا نُسَلِّم، ولا نُسَلِّم كون الحياء علة أيضًا.

وادعاؤكم بأن الشرع جعل الحياء علة،

قلنا: ليس ها هنا جعل من الشرع؛ لأن ليس في ظاهر اللفظ كلمة التعليل، ولو سلم مسلم أنه جعل الحياء علة، لكان هذه علة نصية غير معقولة؛ لأن الاكتفاء بالصمات إنما يكون في حق العاجز، والحياء لا يعجزها حقيقة، ولهذا لا يكتفى في حق الثيب، وإن وجد الحياء، ولهذا لا يكتفى في حق الجب[٣] والعنة[٤]، وفي التوكيل بالتزويج[٥]، فإنها لو وكلت أخاها في التزويج لا إشكال بأن الحياء موجود، ومع ذلك لا يكتفى

(١) ينظر: المبسوط (١٩٦/٤)، والحاوي الكبير (٢٥٢/٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٧/٥)، وبدائع الصنائع (٢٤٤/٢).

(٣) الجب: القطع، والمجبوب: الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه، وقد جب جبا. ينظر: تهذيب اللغة (٢٧٢/١٠)، ومجمل اللغة (ص: ١٧٥).

(٤) العنين: هو العجير، بالراء، الذي لا يأتي النساء عجزا أو لا يريدهن. ينظر: لسان العرب (٣٦٩/٥)، وتاج العروس (٤١٤/٣٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٦٨/٩).

بالسكوت، فدل أنها علة نصية، والنص يورد في حق البكر فيكون الحكم مقصورًا عليها.

وهذا هو الجواب عن قولهم: أن الحياء يعجزها عادة.

وهو الجواب أيضًا عن البكر.

جواب آخر: نقول: إن سلمنا أن الحياء علة لكل أمر حقي، لا يمكن أن يقال: بأن الحكم يتعلق بعينه، بل لا بد من سبب دالٍ عليه؛ فالشرع جعل البكارة سببًا دالًا عليه، لأنها تنبئ عن قلة المخالطة والممارسة وكثرة الالتفات، ولم يوجد هذا المعنى ها هنا، فلا يكتفى به[١]، والله أعلم.



|١٧٥| مسألة:

اختلف قول الشافعي ﷺ في الفاسق[٢]، هل يصلح أن يكون وليًا في النكاح؟! قال في قول: لا[٣]، وقال في آخر: نعم[٤]، وهو مذهبهم[٥].

---

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ضابط العدالة: ظهور أمارة الصدق، وعدم ظهور أمارة الكذب. وضده الفسق. ينظر: الجامع لمسائل أصول الفقه (ص: ١٠٧)، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن (٢/٧١١).

(٣) وهذا القول هو الظاهر من مذهبه وهو المشهور من قوله. ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦١)، بحر المذهب (٩/٥٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦١)، والمهذب (٢/٤٢٨)، ونهاية المطلب (١٢/٥٠)، وبحر المذهب (٩/٥٧).

(٥) ينظر: الأصل (١٠/٢٠٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٤)، والمبسوط (٥/٣١)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٥).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الفسق يخل بالنظر عندنا[1]، خلافًا لهم[2].

❊ دليلنا: ولاية نظرية، فيمنعها الفسق كالمال[3].

وبيان أنها نظرية أن مقتضى القياس أن لا ولاية لأحد على أحد لوجود المنافي، وهو الحرية والمالكية، غير أنه لما عجز عن النظر بنفسه أثبت الشرع الولاية لغيره عليه لينظر له، ولهذا المعنى كانت معلقة بالقرابة؛ لأنها باعثة على النظر، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب[4]؛ لأنه أنظر، فدل أنها نظرية، فلا بد من كمال النظر.

وكمال النظر بكمال الباعث على النظر، وكمال الباعث بالعدالة؛ لأن العدالة باعثة على النظر، لأن النظر في حق الغير شرع من شرائع الدين، والعدالة باعثة على القيام بشرائع الدين، ولأن النكاح يشتمل على مصالح دينية ودنيوية، والعدالة هي الباعثة على تحصيل المصالح الدينية، فلا بد من اشتراطها لهذا المعنى، ولهذا لا تثبت ولاية المال[5]، بل هذا أولى؛ لأن البضع أشرف فالاحتياط في بابه أولى[6].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٦٢)، وبحر المذهب (٩/ ٥٨).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/ ٢٧٤)، والمبسوط (٥/ ٣١)، وبدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٦٢)، وبحر المذهب (٩/ ٥٨).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٠)، ومختصر المزني (٨/ ٢٦٥).

(٥) الفاسق ليس من أهل الولاية وإن كان عدلاً ضعيفاً ضم إليه غيره ليتقوى به. ينظر: المهذب (٣/ ٣٩١).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٦٢)، وبحر المذهب (٩/ ٥٨).




❁ ودليلهم: أن الفاسق ولي في حق نفسه، فوجب أن يكون [١٣٨/أ] وليًا في حق ابنته كالعدل[١].

لأن الولاية على نفسه هو الأصل، وعلى الغير تبع، لأن علة الولاية على نفسه كمال الحال من العقل والبلوغ والحرية، فإذا ثبت الولاية على نفسه لوجود السبب، فإنه يتعدى إلى غيره بسبب معدى؛ نحو القرابة والسلطنة أو الملك.

وها هنا الولاية على نفسه ثابتة، والسبب المعدى قد وجد، فلا بد من القول بالتعدي، وليس ها هنا مانع سوى الفسق، وهو لا يصلح مانعًا، ولهذا أن الكفر لا يصلح مانعًا، فالفسق أولى[٢]، وإنما كان كذلك لأن الفسق لا يخل بالنظر؛ لأن النظر ينشأ عن الشفقة، والفسق لا يخل بالشفقة؛ لأنه لا يخل سبب الشفقة، وهو القرابة، ولا يلزم المال لأن الولاية ثابتة على المال، إلا أنَّا ضممنا إليه مشرفًا؛ لأن التهمة موجودة، والمال آلة الفساق، بخلاف البضع[٣].

الجواب:

قولهم: ولي نفسه.

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٣١)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٥).

(٢) قال ابن الدهان: «لأن علة الولاية كمال الشخص بالعقل والبلوغ والحرية فيتعدى إلى غيره بالسبب المعدى، ثم الكافر يتولى الكافرة، والكفر يزيد على الفسق، وكذلك المستور العدالة تصح ولايته، ولو كانت العدالة شرطا لوجب الشك فيه». تقويم النظر (٤/٤٣).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.




قلنا: أولًا لا نُسَلِّم، ثم ولئن سلمنا نقول: إنما كان ولي نفسه لأن الولاية على نفسه غير مشروطة بالنظر، بل هي أثر الحرية؛ لأن الأثر قد ظهر بثبوت الولاية على نفسه، والولاية على غيره مانعة لهذا المعنى، بل شرع نظرًا، فلا بد من كمال النظر، وكمال النظر بكمال أسباب النظر، فلم يوجد في حق الفاسق على ما بَيَّنَّا، ولهذا المعنى: لو باع مال نفسه بالغبن يصح، ولو باع مال المولى عليه بالغبن فلا يصح(١).

وقولهم: بأن الفسق لا يخل بالنظر.

قلنا: ليس كذلك، بل يخل به؛ لأنه يخل بأسباب النظر.

قولهم: بأن النظر ينشأ من القرابة.

قلنا: هذا إشارة إلى أصل النظر، أما الكمال إنما ينشأ من كمال الأسباب؛ لأن الحكم أبدًا يكون على وفق السبب، وهذا هو الجواب عن قولهم: بأن النظر بالشفقة والفسق لا يخل بها، قلنا: الشفقة باعثة على النظر، لكن العدالة باعثة أيضًا، فلا بد من اجتماعهما ليكمل.

وهذا الفقه، وهو أن كمال النظر إنما يكون بتقديم حقه على حق نفسه، وبالقرابة والشفقة يقدم حقها على حق الأجانب، أما بالعدالة يقدم حقها على حق نفسه، فدل أن العدالة أمر لا بد منه، والدليل عليه: المال.

قولهم: بأن الولاية في المال أيضًا ثابتة، إلا أنه يضم إليه مشرف.

قلنا: لو كان النظر الكامل موجودًا لوجب أن لا يضم إليه مشرف كالعدل.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٩٥/٧)، والتهذيب (٥٥٦/٣).

قولهم: بأن المال محل الخيانة؛ لأنه آلة الفساق.

قلنا: كذا البضع؛ لأنه ربما يزوجه من[1] [١٣٨/ب] فاسق مثله ليكثر قرناؤه، ثم نقول: بلى، المال محل الخيانة، لكن الخيانة إنما تتوقع من قاصر النظر، أما من كامل النظر فلا، والله أعلم.



|١٧٦| مسألة:

النكاح لا ينعقد بشهادة الفاسقين عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الفاسق ليس له شهادة معتبرة شرعًا عندنا[4]، وعندهم له شهادة صحيحة[5].

❊ دليلنا: أنه فات شرط انعقاد العقد فلا ينعقد، كما لو لم يحضره أحد أصلًا[6].

وبيان ذلك أن شرط انعقاده حضور الشهود، ولم يوجد حضور الشهود؛ لأن الفاسق ليس بشاهد، لأن الشاهد من له شهادة، وليس للفاسق شهادة؛ [لأن الشهادة من له شهادة، وليس للفاسق شهادة][7] لأن الشهادة: اسم

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٢)، وبحر المذهب (٩/٥٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٠)، ونهاية المطلب (١٢/٥٢)، وبحر المذهب (٩/٥٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٧٤)، والمبسوط (٥/٣١)، ومختصر القدوري (ص:١٤٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٠)، ونهاية المطلب (١٢/٥٢)، وبحر المذهب (٩/٥٦).

(٥) ينظر: المبسوط (٥/٣١)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٥).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٠)، وبحر المذهب (٩/٥٦).

(٧) هكذا كتبت في الأصل، والجملة مكررة لما قبلها، والله أعلم.

لكلام هو صدق بدليل(١).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الشهادة حجة شرعية(٢)، والصدق ركن في الحجج الشرعية.

ولهذا المعنى يجب على القاضي التفحص عن أحوال الشهود(٣)، وإنما يجب لطلب الصدق، فدل أن الصدق ركن.

وإنما قلنا: بدليله؛ لأن الصدق أمر باطن، إنما يعرف بدليل ظاهر(٤)، ودليل الصدق إنما هو العدالة؛ لأن المخبر إذا كان عينًا فلا توقف على الصدق قطعًا، لأن الخبر متردد بين الصدق والكذب.

وإذا لم يكن الوقوف عليه قطعًا، فيكتفى به بغلبة الظن، لأن غلبة الظن تحصل له دليل مرجوع إليه لبناء الأحكام عليه، بدليل القياس(٥)، وإخبار الآحاد(٦).

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٢٢١/٣)، والتعريفات (ص: ١٢٩).

(٢) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [سورة الطلاق: ٢]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة المائدة: ١٠٦].

(٣) قال السمرقندي: «وأما شهادة الفاسق فإن تحرى القاضي الصدق في شهادته تقبل وإلا فلا»، وقال الشيرازي: «وإن شهد عنده شاهد نظرت فإن علم عدالته قبل شهادته وإن علم فسقه لم يقبل شهادته ويعمل في العدالة والفسق بعلمه» ينظر: تحفة الفقهاء (٣٦٣/٣)، والمهذب (٣٨٥/٣).

(٤) ينظر: التعريفات (ص: ١٣٢)، ومعجم الفروق اللغوية (ص: ١٧٨).

(٥) القياس: حمل فرع على أصل في بعض أحكامه، لمعنى يجمع بينهما. ينظر: الفقيه والمتفقه (٤٤٧/١)، التبصرة في أصول الفقه (ص: ٤٥٠).

(٦) الآحاد: هو خبر الواحد أو الجماعة الذين لا يبلغون حد التواتر، وهو لا يفيد العلم وإنما يفيد=




وغلبة الظن إنما تجعل بالعدالة ؛ لأن المخبر إذا كان عدلًا فخبره يورث غلبة الظن ، أما إذا كان فاسقًا فخبره يورث الشك ، والشك يجوز شيئين من غير ترجيح(١) ، فدل أن دليل الصدق إنما هو العدالة ، ولم توجد ، فلم توجد الشهادة ، فلا ينعقد النكاح(٢) .

❖ ودليلهم: أن الفاسق من أهل الولاية ، فيكون من أهل الشهادة كالعدل(٣) .

وبيان أنه من أهل الولاية ما تقدم من أنه أهل الولاية على نفسه(٤) ، فكان أهلًا للولاية على غيره ، وإذا كان أهلًا للولاية كان أهلًا للشهادة أيضًا ؛ لأن الشهادة والولاية قريبتان متفقتان ؛ لأن الولاية تنفيذ القول على الغير(٥) ، وكذا الشهادة ، أو الولاية قدرة شرعية ، وكذا الشهادة ، فدل أنهما قريبتان .

وإذا كان من أهل الولاية لا بد وأن يكون من أهل الشهادة ، وهذا الفقه ، وهو أنَّا بَيَّنَّا أن الولاية قضية تثبت أولا على نفسه ، ثم تتعدى إلى الغير بسبب معدى ، وكذا الشهادة قضية واحدة تثبت أولًا على نفسه ، ثم تتعدى إلى الغير بسبب معدى ، وهو التحمل .

فالتحمل في الشهادة كالقرابة في الولاية ، ولأن [١٣٩/أ] أهلية الشهادة

= الظن . ينظر: تقريب الوصول إلي علم الأصول (ص: ١٧٩) .

(١) ينظر: معجم لغة الفقهاء (ص: ٢٦٥) .

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٦٠) ، وبحر المذهب (٩/٥٦) .

(٣) ينظر: المبسوط (٥/٣١) ، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٥) .

(٤) ينظر: (ص: ١٣٥)

(٥) ينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: ١٨٩) .

إنما تثبت بالعقل والبلوغ والحرية ؛ لأن الشهادة اسم لكلام ، وهو صحيح في نفسه ، والإنسان إنما ينال صحة بهذه المعاني ، وهذه المعاني موجودة في حق الفاسق ؛ ولأن أهل الشيء من كان قادرًا على ذلك الشيء ، والفاسق قادر على تحصيل الشهادة ؛ لأنها ليست إلا قوله أشهد أن لفلان على فلان كذا ، وهو قادر على تحصيله حقًا ، فيكون قادرًا عليه شرعًا لأن الشرعي أبدًا يكون مبنيًا على الحقيقي[(١)] .

وخرج على هذا الصبي والعبد ، فإن مقتضى القياس في حقهما أيضًا ثبوت أهليتهما ، غير أنه وجد هناك دليل فاصل بين الحقيقي والشرعي ، فإذا ثبت أن الفاسق من أهل الشهادة غير أن التهمة موجودة ، والتهمة لا تؤثر في سلب الأهلية ، بل تؤثر في أن يصيره محل الاجتهاد ، وحتى أن القاضي يجتهد فيه ؛ إن شاء رد ، وإن شاء قبل ، بخلاف العدل[(٢)] .

الجواب:

قولهم: أن الفاسق من أهل الولاية .

قلنا: من أهل الولاية على نفسه ، أم على غيره ؟!

إن قلتم: على نفسه مسلم ، فلا جرم من أهل الشهادة على نفسه ، وهو الإقرار ؛ لأن إقرار الإنسان على نفسه شهادة على ما قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ﴾[(٣)] .

---

(١) ينظر: المبسوط (٣١/٥) ، وبدائع الصنائع (٢٥٥/٢) .

(٢) ينظر: المراجع السابقة .

(٣) سورة النساء: آية ١٣٥ .

أما لا يكون من أهل الولاية على الغير، فلا يكون من أهل الشهادة على الغير، ثم ولئن كان من أهل الولاية على الغير، فلم كان من أهل الشهادة؛ لأن الشهادة غير والولاية غير، لأن الولاية إنشاء التصرف[(١)]، والشهادة إخبار[(٢)]، والفاسق والعدل يستويان في إنشاء التصرف، أما لا يستويان في الإخبار؛ لأن هذا ليس بخبر مطلق، بل خبر موصوف بصفة الصدق، والصدق ركن فيه، فلا بد من دليل، ودليل الصدق مفقود على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الولاية والشهادة قريبتان.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هما يختلفان ذاتًا ومحلًا، أما ذاتًا: فلأن هذا إخبار وذاك إنشاء، وأما محلًا: فإن محل الولاية الأقارب، ومحل الشهادة الأباعد.

قولهم: بأن كلاهما تنفيذ القول على الغير.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن الشهادة لإظهار الحق وتبيينه، وبعد الظهور النفوذ على الغير بإلزام الشرع.

قولهم: بأن الأهلية تثبت بمعانٍ.

قلنا: بلى، ولكن العدالة من تلك المعاني، ولم توجد.

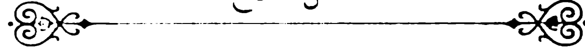
قولهم: بأن أهل الشيء من كان قادرًا عليه.

قلنا: والفاسق ليس بقادر؛ لأن [١٣٩/ب] الشهادة اسم لكلام هو صدق،

---

(١) ينظر: شرح التلويح على التوضيح (٢/٣٧٣).

(٢) ينظر: مقاييس اللغة (٣/٢٢١)، والتعريفات (ص: ١٢٩).



والفاسق لا يقدر على تحصيل الصدق في حق السامع ؛ لأن دليل الصدق لم يوجد على ما بَيَّنَّا ، ثم نقول: هذا باطل بالصبي والعبد.

وقولهم: بأن هناك وجد دليل فاضل.

قلنا: كذلك ها هنا وجد.

قولهم: بأن تأثير الفسق في محلية الاجتهاد ، لا في سلب الأهلية.

قلنا: ليس كذلك ، بل يؤثر في سلب الأهلية على ما بَيَّنَّا أن أهل الشهادة من له شهادة ، والفسق سلب الشهادة ، فسلب أهلية الشهادة بواسطة(١) ، والله أعلم.



|١٧٧| مَسْألَة:

النكاح لا ينعقد ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا(٢) ، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النساء ليس لهن شهادة أصلية عندنا(٤) ،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٦٠) ، وبحر المذهب للروياني (٩/ ٥٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٧) ، والمهذب (٢/٤٣٦) ، وبحر المذهب (٩/٥٥) ، والوسيط (٥/٥٣) ، والبيان (٩/٢٢١).

(٣) ينظر: الأصل (٤/٥٢٢) ، والحجة (٣/٢٣٠) ، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٢٤٦) ، ومختصر القدوري (ص: ١٤٥) ، والنتف (١/٢٧٩) ، والمبسوط (٥/٣٢) ، وتحفة الفقهاء (٣/٣٦٢) ، وبدائع الصنائع (٦/٢٧٩).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٧)، المهذب (٢/٤٣٦)، وبحر المذهب (٩/٥٥) الوسيط (٥/٥٥).

خلافًا لهم[1].

❊ دليلنا: ليس للنساء شهادة أصلية، فلا ينعقد النكاح بشهادتهن كالصبيان والعبيد[2].

وبيان ذلك الحكم والحقيقة:

أما الحقيقة: فلأن المرأة مجبولة على نقصان العقل وقصور الرأي وكثرة الضلال، والشهادة أمر يحتاج فيها إلى الضبط في الابتداء، والحفظ في الدوام، والأداء على الوجه في الانتهاء، والمرأة لما فيها من النقائص لا تقدم على القيام بهذه المعاني

ولهذا لم تكن أهلًا للقضاء والسلطنة والإمامة[3]، ولا تقبل شهادتها في الحدود والقصاص[4]، ولهذا لا تتم الحجة بهن، حتى أنهن لم يقمن بكلي شطري الشهادة، غير أن الشرع قبل شهادتهن في الأموال نصًا[5]، بخلاف

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٤٦/٤)، ومختصر القدوري (ص: ٢١٩)، والمبسوط (٣٢/٥)، وبدائع الصنائع (٢٧٩/٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٨/١٧)، المهذب (٤٣٦/٢)، وبحر المذهب (٥٥/٩) الوسيط (٥٥/٥).

(٣) وهذا القول قول الشافعية، أما الحنفية فيجيزون تولي المرأة للقضاء إلا في الحدود والقصاص قياسا على الشهادة: قال الكاساني: «وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة؛ لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة، إلا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة». ينظر: بدائع الصنائع (٣/٧)، والتهذيب (١٦٧/٨).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٧)، والتهذيب (٣٣٩/٧).

(٥) قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُۚ وَلْيَكْتُب=

القياس، فلا يلحق به غيره[1].

◆ **ودليلهم**: أن المرأة أهل للولاية، فكانت من أهل الشهادة كالرجل[2].

وإنما قلنا أنها من أهل الولاية أولًا؛ لأنها عندنا من أهل ولاية النكاح على نفسها، ومن أهل الولاية في المال، وكذا من أهل الشهادة؛ لأنهما قريبتان على ما بيَّنَّا، ولأن الشهادة تصّرف من حيث القول، فيستدعي عن صحة القول على الإطلاق؛ ولأن الأهلية تثبت بمعانٍ في الشخص نحو العقل والبلوغ والحرية، وقد وجد في حق المرأة[3].

والحكم شاهد لذلك أيضًا؛ فإنَّا أجمعنا على أنه لو استشهد رجلًا وامرأتين في المال مع قدرته على استشهاد رجلين فإنه يجوز[4]، فلولا أن لهن شهادة أصلية، وإلا لما جاز، لأن عندكم شهادتهن معدولة عن القياس[5].

= بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٢]

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٧)، وبحر المذهب (٥٦/٩)، والوسيط (٥٥/٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٤٦/٤)، ومختصر القدوري (ص: ٢١٩)، والمبسوط (٣٢/٥)، وبدائع الصنائع (٢٧٩/٦).

(٣) ينظر: المبسوط (١١٣/١٦).

(٤) ينظر: المبسوط (١١٥/١٦)، والتهذيب (٢٢٠/٨).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٤٦/٤)، والمبسوط (٣٣/٥)، وبدائع الصنائع (٢٧٩/٦).

الجواب:

قولهم: أن المرأة من أهل الولاية.

قلنا: لا نُسَلِّم، وهذا بناء خلاف على خلاف[1]، ثم لئن جرينا معهم على مقتضى ذلك مع الإعراض [١٤٠/أ] عن كونها أهلًا للولاية، نقول: لا جرم لما كانت من أهل الولاية على نفسها كانت من أهل الشهادة على نفسها بخلاف الغير على ما بَيَّنَّا.

ثم نقول: المرأة من أهل ولاية المال، فلا جرم من أهل شهادة المال، أما أنها ليست من أهل ولاية النكاح، فلا تكون من أهل الشهادة في النكاح، ولأن أهلية الشهادة تعم جميع الناس فهو شبيه بالولاية العظمى، ثم المرأة ليست من أهل الولاية العظمى[2]، فلا تكون أهلًا للشهادة أيضًا.

قولهم: على الإطلاق.

قلنا: بلى، لكن لا نُسَلِّم أن المرأة صحيحة القول على الإطلاق؛ بدليل أن قولها لا يقبل في القضاء والإمامة، ولا تقبل شهادتها في الحدود والقصاص[3]، فلا تقوم بكلي الشطرين.

قولهم: بأن الأهلية تثبت بمعانٍ.

قلنا: ولكن [...][4] من تلك المعاني، ولم توجد، فلا تثبت الأهلية.

---

(١) أي: الخلاف في هذه المسألة، مبني على الخلاف في أهلية المرأة للولاية.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٧/٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٣/٧)، والتهذيب (٣٣٩/٧).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط وردت هذه اللفظة بحبر ثقيل، لكن الناسخ حاول أن يصححها=




قولهم: لو استشهد رجلًا وامرأتين مع القدرة على رجلين يجوز.

قلنا: هنا إنما يلزم أن لو قبلنا شهادتهن خلفًا عن شهادة الرجال، ولا نقول كذلك، بل نقول: شهادة رجل وامرأتين قائمة مقام شهادة رجلين، ولكن في موضع ورد الشرع به.

والشرع ورد في الأموال، وكان الفقه فيه أن الشرع إنما قبل شهادتهن في الأموال باعتبار الحاجة لكثرة الاحتياج إليه، والأصل في الشرع أن ما يعتبر لأجل الحاجة لا يعتبر فيه حقيقة الحاجة إنما تعتبر مظنة الحاجة، هذا كالسفر؛ فإن الرخصة إنما شرعت لأجل المشقة(١)، ثم لا تعتبر حقيقة المشقة، وإنما تعتبر مظنة المشقة وهو السفر، كذلك ها هنا، ومظنة الحاجة كون المشهود فيه مالًا، وقد وجد، فيجوز لهذا المعنى(٢)، والله أعلم.



|١٧٨| مسألة:

الأولياء إذا كانوا في درجة واحدة(٣) كالأعمام والأخوة، إذا زوج واحد منهم موليتهم من غير كفء(٤) من دون رضا الباقين لا ينعقد النكاح

= أو يعدلها بحبر خفيف جدًا في المتن، لكنه لم يتضح، ثم صححها على الهامش، لكن الحبر للأسف خفيف جدًا، ولم يتبين لي حقيقة اللفظ لشدة تلاشي الحبر الذي سجلت به اللفظة على الهامش، وربما قصد: «الذكورة»، والله أعلم.

(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية (٣/٢٣٤).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٧).

(٣) أي: درجة واحدة في التعصيب، وتعرف الدرجة الواحدة؛ بأن يتساوو في الإرث فيما لو بقوا جميعا، والله أعلم.

(٤) الكفء: النظير والمساوي. ومنه الكفاءة في النكاح، وهو أن يكون الزوج مساويا للمرأة في=

على [...][(١)] الأقوال، وينعقد ويلزم في الثاني[(٢)]، وهو مذهبهم[(٣)]، وفي الثالث ينعقد، غير أنه يثبت الاعتراض لباقي الأولياء[(٤)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن حق [الكفار][(٥)] يثبت مشتركًا بينهم عندنا[(٦)]، وعندهم يثبت لكل واحد منهم على الكمال[(٧)].

❊ دليلنا: أن نقول دليل الجواز عارضه دليل عدم الجواز، فلا يجوز[(٨)].

= حسبها ودينها ونسبها وبيتها وغير ذلك. ينظر: القاموس المحيط (ص: ٥١)، ولسان العرب (١٣٩/١).

(١) في هذا الموضع في المخطوط يوجد سقطًا، وأرجح من السياق أن السقط هو قوله «أظهر»، قال الماوردي: «فلو بادر أحد أوليائها بغير علم الباقين ورضاهم فزوجها بهذا الذي ليس كفء لها فظاهر ما قاله الشافعي هاهنا وفي كتاب» الأم «إن النكاح باطل». الحاوي الكبير (٩٩/٩).

(٢) ينظر: الأم (١٦/٥)، ومختصر المزني (٢٦٦/٨)، والحاوي الكبير (٩٩/٩)، وبحر المذهب (٩٨/٩)، والوسيط (٨٩/٥).

(٣) ينظر: الأصل (٢٠٦/١٠) والحجة (١٦١/٣)، والمبسوط (٢٦/٥)، وبدائع الصنائع (٢٥١/٢).

(٤) ينظر: الأم (١٦/٥)، ومختصر المزني (٢٦٦/٨)، والحاوي الكبير (٩٩/٩)، وبحر المذهب (٩٨/٩)، والوسيط (٨٩/٥).

(٥) هكذا كتبت في الأصل، لكن الصحيح قوله: «الولاية»، وقرينة ذلك أن الحديث فيما بعد عن تساوي الأولياء فيها، قال الشافعي: «وأيهم زوج بإذنها غير كفؤ فلا يثبت النكاح إلا باجتماعهم عليه: وكذلك لو اجتمعت جماعتهم على تزويج غير كفء وانفرد أحدهم كان النكاح مردودا بكل حال حتى تجتمع الولاة معا على إنكاحه قبل إنكاحه فيكون حقا لهم تركوه». وقال المزني: «وإن كان غير كفؤ لم يثبت إلا باجتماعهم قبل إنكاحه فيكون حقا لهم تركوه». الأم (١٦/٥)، ومختصر المزني (٢٦٦/٨).

(٦) ينظر: الأم (١٦/٥)، ومختصر المزني (٢٦٦/٨)، والحاوي الكبير (٩٩/٩)، وبحر المذهب (٩٨/٩)، والتهذيب (٢٨٢/٥).

(٧) ينظر: المبسوط (٢٧/٥)، وبدائع الصنائع (٢٥١/٢).

(٨) ينظر: بحر المذهب (٩٨/٩)، والتهذيب (٢٨٢/٥).

وبيان ذلك هو أن الولاية كما هي ثابتة للمزوج فهي ثابتة لغير المزوج، فثبوت ولايته إن دل على [١٤٠/ب] الجواز، فثبوت ولاية غيره يدل على عدم الجواز.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الولاية لما كانت ثابتة للغير، فقضية ثبوت الولاية لغيره إطلاق التصرف في المحل، وإن لم يتصرف فقضية منع الغير عن التصرف ليبقى المحل خلوًا عن التصرف إلى أن يتصرف هو كالملك؛ فإن الملك إذا ثبت لإنسان في المحل، فقضيته إطلاق التصرف، وإن لم يتصرف، فقضيته منع الغير عن التصرف ليبقى المحل خلوًا عن تصرف الغير إلى أن يتصرف، كذلك ها هنا؛ فثبوت ولاية صاحبه مانعة لولايته عن الإعمال والإطلاق، فدل أن دليل الجواز عارضه دليل عدم الجواز، فلا يجوز؛ لأن دليل الجواز إنما يعمل عند عدم المعارض، أما عند وجود المعارض فلا، كسائر الأدلة الشرعية[١].

♦ ودليلهم: أنه ولي كامل الولاية زوجها من غير كفؤ، فوجب أن يصح، كما إذا زوجها من كفؤ[٢].

فبيان كمال ولايته: أن كمال الولاية بكمال سببها[٣]، وسبب الولاية في حق كل واحد منهم كامل؛ لأن السبب هو القرابة، والقرابة في حق كل واحد منهم كامل، وإذا كان السبب كاملًا فلا بد من القول بكمال الولاية، ولهذا

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.
(٢) ينظر: المبسوط (٥/٢٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥١).
(٣) ينظر: تقويم النظر (٤/٨٤).

المعنى إذا زوجها من كفؤ فإنه يجوز لولاء كمال الولاية، وإلا لما صح، وبهذا تبين أن حق الكفاءة يثبت لكل واحد منهم على الكمال؛ لأن هذا الحق يثبت لمن له الولاية.

فإذا كانت الولاية كاملة كان الحق الذي عليها كاملًا؛ ولأن هذا الحق مما لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ.

وبيان أنه لا يتجزأ: أن حق الكفاءة ليس إلا دفع العار، ودفع العار لا يتجزأ، والسبب هو القرابة، وأنها أيضًا لا تتجزأ، والأصل أن الحق إذا لم يكن متجزئا وثبت بسبب لا يتجزأ، فإذا ثبت بين جماعة فإنه يثبت على الكمال كالقصاص[1]، وإذا كان الحق كاملًا في حق كل واحد منهم، فواحد منهم، إذا زوجها غير كفؤ فقد أسقط حق نفسه في الكفاءة، فيسقط حق الباقين ضرورة فوات المحل، وهو العقد[2].

الجواب:

قولهم: ولي كامل الولاية.

قلنا: بلى، ولكن كما أنه كامل الولاية فغيره أيضًا كامل الولاية، فهذا عقد صدر من شخص غيره فيه كامل الولاية، فوجب أن لا يجوز لما بَيَّنَّا أن

---

(١) قال ابن الدهان: في مسألة إذا ثبت القصاص بين الصغار والكبار «حق لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ، فثبت لكل واحد على الكمال، بيان عدم التجزئ أنه لا يتجزأ استيفاء، فلا يتجزأ ثبوتا، فإذا استوفاه، فقد استوفى حقه، فلم يبق للآخر حق لفوات محل الحق وسببه القرابة وهي كاملة ثم هو من جنس الولايات وهي للكبار فهي كولاية النكاح». تقويم النظر (٤/٤٠٤).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٢٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥١).




ثبوت الولاية إن كان يقتضي الجواز فثبوت ولاية الغير يقتضي عدم الجواز.

قولهم: أن حق الكفاءة ثابت على الكمال.

قلنا: هذا محال؛ لأنه متحد، فكيف ثبت على الكمال؟!

قولهم: [١٤١/أ] لا يتجزأ.

قلنا: ولا يتعدد أيضًا، وما صرتم إليه تعديد ما لا يتعدد، والاحتراز عن تجزئة ما لا يتجزأ بالمصير إلى تعديد ما لا يتعدد محال، ولئن سلم أنه كذلك لكن كما يثبت له على الكمال [يثبت على الكمال][١]، فثبوته له إن دل على الجواز فثبوته لغيره دل على عدم الجواز، فتعارضا وتساقطا[٢].

أما إذا زوجها من كفؤ، إنما يجوز باعتبار الحاجة والضرورة[٣]، وبيانه وهو أن الأولياء إذا كانوا في درجة واحدة، فالغالب أن فيهم كثرة وقل ما يتصور اجتماعهم؛ إما لغيبة البعض أو لمرض أو لعذر آخر، ولو اجتمعوا ربما لا يتفقوا على كفؤ واحد لاختلاف الآراء، ففي اعتبار اجتماعهم سد باب النكاح على المرأة، فالشرع نزل المزوج والحال هذه نائبًا عن بدل الكل في التزويج، أقصى ما في الباب أن فيه تفويت صورة مباشرة العقد عليهم،

---

(١) هكذا كتبت في الأصل، والصحيح أن الجملة مكررة لما قبلها، والله أعلم.

(٢) بيان هذه الجملة في قول ابن الدهان: حاكيا دليل الشافعية «ثم الولي قد يتحد وقد يتعدد والمتعدد في حكم الولاية كالواحد؛ لأن سبب الولاية واحد وهو الأخوة مثلا، وهذا الحق يضاف بكماله إلى كل أخ، ومقتضى القياس أن لا ينعقد إلا بهم جميعا، وإن كان الزوج كفؤا قالوا: هذا الممتنع لو كان منفردا لامتنع العقد بامتناعه، وكذلك هذا الزوج لو كان منفردا لصح العقد بتزويجه من غير كفء. تقويم النظر (٨٤/٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩٩/٩)، وبحر المذهب (٩٨/٩).

لكن ذاك لا يراد لعينه، وإنما يراد للكفاءة وهو حاصل، فيجوز لهذا المعنى بخلاف التزويج من غير كفؤ؛ لأنه ليس في الاجتماع ضرر؛ لأن أقصى ما في الباب أنا لو اعتبرنا ذلك يؤدي إلى سد باب النكاح من غير كفؤ، وباب هذا النكاح مسدود في الشرع[١]، والله أعلم.



|١٧٩| مَسْألة:

الولي الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة[٢] لا تنتقل الولاية إلى الأبعد، بل السلطان يزوجها عندنا[٣]، خلافًا لهم[٤].

ومدار المسألة تحقيقًا على أن الغيبة لا تزيل الولاية عنها[٥]، وعندهم تزيلها[٦].

❊ دليلنا: أن الأبعد محجوب بولاية الأقرب، فما دام ولاية الأقرب باقية لا تنتقل إلى الأبعد كالميراث[٧].

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) اختلف العلماء فيها، وأحسن ماقيل في الغيبة المنقطعة: أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة، وقال محمد بن الحسن من الحنفية: والغيبة المنقطعة: من الكوفة إلى الرقة، وغير المنقطعة: من الكوفة إلى بغداد. ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٦)، والحاوي الكبير (٩/١١١).

(٣) ينظر: الأم (٥/١٥)، ومختصر المزني (٨/٢٦٦)، الحاوي الكبير (٩/١١٠)، ونهاية المطلب (١٢/٤٥)، والبيان (٩/١٧٦).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٤٩)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٦)، والمبسوط (٤/٢٢٠)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٠).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١١١)، والبيان (٩/١٧٦).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٤٩)، والمبسوط (٤/٢٢٠)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٠).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١١١)، والبيان (٩/١٧٦).

ولهذا المعنى يقدم الأقرب فالأقرب، فدل أن الأبعد محجوب، وها هنا بقي ولاية الأقرب بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن بقاء الولاية ببقاء السبب والأهلية؛ والسبب باقٍ وهو القرابة[1]، والأهلية أيضًا باقية؛ لأنها بالعقل والبلوغ والحرية وكمال الشفقة.

وأما الحكم: لو زوجها حيث هو فإنه يجوز، فلولا أن الولاية ثابتة، وإلا لما جاز[2].

◆ **ودليلهم**: زالت ولاية الأقرب وجب أن تنتقل إلى الأبعد، كما إذا مات أو جن[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الولاية لا تراد لعينها، وإنما تراد للنظر، والنظر قد فات بالغيبة؛ لأن المسألة مصورة في الغيبة المنقطعة، وبالغيبة المنقطعة لا شك أنه يفوت النظر، لأن نظره لا يصل إليها، فإذا فات النظر زالت الولاية [١٤١/ب]؛ ولأن بالغيبة فات النظر وبقي أهلية النظر، إلا أن أهلية النظر لا تراد لعينها، وإنما تراد للنظر، فإذا فات النظر فوجود الأهلية كالعدم.

وبعضهم سلم أن النظر قائم، إلا أنه غير منتفع به[4]، فجعل وجوده كعدمه، كالماء في حق المسافر، والمال في حق ابن السبيل، وخرج على

---

(١) ينظر: قواطع الأدلة (٢/٤٠٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١١١)، والبيان (٩/١٧٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٠٣)، والمبسوط (٤/٢٢١)، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٠).

(٤) ينظر: المبسوط (٤/٢٢١).




هذا ما إذا زوجها حيث هو ؛ فإنَّا أولًا لا نُسَلِّم ، ولئن سلمنا نقول: إنما يصح ؛ لأن النظر قد وصل إليها ، فبقيت الولاية لوصول النظر إلى المولى عليها ، غير أن ذلك نظر اتفاقي[1] ، فلا يكون كافيًا لاستمرار الولاية[2].

الجواب:

قولهم: زالت ولاية الأقرب.

قلنا: لا نُسَلِّم ، وقد بَيَّنَّا بقاء ولايته.

قولهم: الولاية لا تراد لعينها ، وإنما تراد للنظر.

قلنا: مسَلَّم ، وإن النظر باقٍ مع الغيبة ؛ لأن بقاء النظر ببقاء أهلية النظر ، وببقاء الداعي إلى النظر ، والكل باقٍ.

وأمكن الوصول إلى النظر بالمراسلة والمكاتبة أو الصبر إلى أن يصل إليها ، إلا أنه قد وجد نوع تعذر في الوصول إلى نظره ، فلا جرم قلنا: [لعوض][3] إلى رأي المرأة واختيارها بين أن تصبر إلى أن يعود الولي ، أو

---

(١) ومعنى هذه العبارة: أي: أنه إذا زوجها الأقرب حيث هو فإنما يجوز ؛ لأنها انتفعت برأيه ، ولكن هذه المنفعة حصلت لها اتفاقا ؛ فلا يجوز بناء الحكم عليه ، فلهذا تثبت الولاية للأبعد ؛ توضيحه أن للأبعد قرب التدبير وبعد القرابة ، وللأقرب قرب القرابة وبعد التدبير ، وثبوت الولاية بهما جميعا ، فاستويا من هذا الوجه ، فكانا بمنزلة وليين في درجة واحدة ؛ فأيهما زوجها يجوز. ينظر: المبسوط (٤/٢٢١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٠٣) ، والمبسوط (٤/٢٢١) ، وبدائع الصنائع (٢/٢٥٠).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت: «لعوض» كما هي مثبتة في المتن ، والصحيح قوله: «نعود» ، والله أعلم.

ترفع الأمر إلى القاضي حتى يزوجها نيابة عن الغائب، كما في الفصل سواء.

قولهم: بأن النظر وإن كان موجودًا إلا أنه غير منتفع به.

قلنا: ليس كذلك، بل هو منتفع به على ما بَيَّنَّا[١]، والله أعلم.



١٨٠ | مسألة:

السيد لا يملك إجبار العبد البالغ على النكاح في أحد قولي الشافعي[٢]، ويملك في الثاني[٣]، وهو مذهبهم[٤].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المقيد لولاية النكاح في حق السادات ملك البضع عندنا[٥]، وعندهم ملك الرقبة[٦].

❊ دليلنا: أن النكاح خالص حق العبد، وهو من أهل مباشرته، فلا يملك السيد إجباره كالحر[٧].

وبيان أن النكاح خالص حق العبد الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن النكاح لا يراد لعينه، وإنما يراد لحكمه وثمراته؛

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١١١).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٧٤).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٧٤)، ونهاية المطلب (١٢/٦٢)، والبيان (٩/٢١٧)،
(٤) ينظر: الأصل (١٠/٢٦٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٠٤)، والمبسوط (٥/١١٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٤).
(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٢/٦٢)، والبيان (٩/٢١٧).
(٦) ينظر: المبسوط (٥/١١٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٠٤) وبدائع الصنائع (٢/٢٣٤).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٧٤)، ونهاية المطلب (١٢/٦٢)، والبيان (٩/٢١٧).

فحكمه: الحل والملك، وثمراته: قضاء الشهوة والسكن والازدواج، والكل حق العبد.

وأما الحكم: فلأن العبد يملك طلاقها[1]، فلو كان للسيد حق وجب أن لا يملك العبد الطلاق، ولأن السيد لو وطئ زوجة العبد يجب عليه الحد[2]، ولو كان له فيه حق لما وجب الحد، فلما وجب دل أن النكاح خالص حق العبد.

وإنما قلنا: بأنه من أهل مباشرته؛ لأن الأهلية إنما تثبت بمعانٍ في الشخص، وذلك موجود، إلا أنه لو أذن له السيد يملك التزويج فلولا أنه أهل، وإلا لما ملك [١٤٢/أ]؛ لأن الإذن لا يصير غير الأهل أهلًا.

فإذا ثبت أن النكاح حق للعبد، وهو من أهل المباشرة، فالسيد لا يملك إنكاحه إلا بإذنه؛ لأن الأصل أن الحق إذا ثبت لشخص فغيره لا يملك إجباره على استيفاء الحق، ولا يجوز الاستيفاء بدون إذنه، وحقيقة الفقه له أن النكاح نفعه وضره وقع للعبد، وكل عقد سبيله هذا فالولاية فيه ولاية نظرية، وليس للسيد ولاية نظرية؛ لأن من شرط ولاية النظرية أن يكون المولى عليه عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، وها هنا العبد قادر، ومن شرطه أيضًا أن يكون الولي كامل الشفقة، وليس للسيد شفقة على العبد في كل تصرف وقع للعبد.

ولهذا المعنى أنه لا يقدم الأنظر فالأنظر في هذه الولاية التي تثبت للسيد عندكم، حتى إن الأب والسيد إذا اجتمعا يقدم السيد على الأب، وإذا

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢٤/٥)، ونهاية المطلب (٦٢/١٢).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (١٣٩/٣).




لم تكن الولاية الثابتة للسيد نظرية فتكون هذه ولاية تثبت بحكم الملك، والملك إنما يفيد ولاية تصرف وقع للمالك، أما التصرف الذي يقع للملوك فالملك لا يفيد مثل تلك الولاية؛ لأن التصرف ثمرة الملك، وثمرة الملك أبدًا إنما تكون لمالك الأصل، وولاية هذا العقد لو كان مستفادًا بالملك وجب أن تقع للمالك، فلما لم تقع دل أنه ليس بثمرة الملك، فلا يملك السيد[1].

♦ ودليلهم: أن ولاية النكاح ثابتة للسيد، فيملك إجباره كالأمة[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الولاية إنما تثبت لوجود سبب الولاية، وسبب الولاية قد وجد، وهو ملك الرقبة.

وإنما قلنا أن السبب هذا؛ لأن ملك النكاح في حكم ملك الغير، بدليل قول النبي ﷺ: «النكاح رق»[3]، والرق على الذات لا المنفعة؛ ولأن الرق عبارة عن الضعف، والذات توصف بالضعف لا غيرها، ولأن التأقيت يبطله، والتأبيد من شرطه، وهذا حكم الأعيان.

ولأن مقصود النكاح الذي هو السكن والازدواج إنما يحصل بين الذات والذات، لا بين المنفعة وشيء آخر؛ ولأن النكاح يضاف إلى الذات، ولهذا توصف به، يقال: امرأة منكوحة، فدل أن ملك النكاح في حكم ملك

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٦٢/١٢)، والبيان (٢١٧/٩).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٠٤/٤)، والمبسوط (١١٣/٥)، وبدائع الصنائع (٢٣٤/٢)، والحاوي الكبير (٧٤/٩)، ونهاية المطلب (٦٢/١٢).

(٣) سبق تخريجه في: (ص: ١١٣).

الغير، والعين مملوكة للسيد، فيستفيد به ولاية النكاح كالأمة سواء، فإنه يفيد إجبارها بملك الذات، كذلك ها هنا، ولبعضهم أن في النكاح إصلاح ملكه، وهو يملك إصلاح ملكه [١٤٢/ب] كالفصد والحجامة وغير ذلك[١].

الجواب:

قولهم: أن ملك في حكم ملك العين.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو عقد يرد على المنفعة، ثم نقول: هذا الكلام لو صح إنما يصح في حق الأمة؛ لأن المعقود عليه إما المنفعة أو في حكم الأجزاء، وأيهما كان فهو حق للسيد بخلاف العبد؛ لأن المعقود عليه في حقه ليس في حكم الأجزاء، والمنفعة ليست بحق السيد، فلا يصح هذا الكلام.

وأما الأمة نقول: نكاح الأمة نفعه وضره وقع للسيد؛ لأنه يشتمل على التحصيل والإزالة؛ فالتحصيل هو المهر، وذلك للسيد، والإزالة هو ملك البضع، وزال عن السيد، فيملك نكاحه بخلاف العبد.

قولهم: بأن في النكاح إصلاح ملك السيد.

قلنا: النكاح ما وضع للإصلاح، وإنما وضع لحكم وثمرات؛ وذلك للعبد، والإصلاح لو حصل إنما يحصل تبعًا، فبمثل هذا لا تستفاد الولاية، والله أعلم

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٠٤/٤)، والمبسوط (١١٣/٥)، وبدائع الصنائع (٢٣٤/٢)، والحاوي الكبير (٧٤/٩)، ونهاية المطلب (٦٢/١٢).

|١٨١| مسألة:

النكاح لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج أو معناهما الخاص بكل لسان عندنا[١]، وعندهم ينعقد بكل لفظ ينبئ عن التمليك كالهبة والبيع وغيرهما[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن لفظ الهبة لا يمكن أن يجعل مجازًا عن النكاح[٣]، وعندهم يمكن أن يجعل مجازًا عنه[٤].

❊ دليلنا: أن النكاح عقد خاص شرع بحكم خاص ولمنفعة خاصة، فوجب أن يختص بلفظ خاص[٥].

وبيان الخصوصية أنه يختص من بين سائر العقود في نفسه بزيادة شرائط، وحكمه الخاص هو أنه ملك لا يظهر إلا في حل الاستمتاع، وثمرة الخاص هي السكن والازدواج، ولم توجد هذه الثمرة في عقد.

إذا ثبت هذا فوجب أن يختص أيضًا بلفظ خاص إظهارًا للخصوصية، [وبالأولى][٦]؛ لأن اللفظ ركن العقد وصلته، وما عداه كالتابع له، فلما

---

(١) ينظر: اللباب (ص: ٣٠٣)، والحاوي الكبير (٩/١٥٢)، والمهذب (٢/٤٣٧)، ونهاية المطلب (١٢/١٤٤)، والبيان (٩/٢٣٣).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٦)، والنتف (١/٢٧٧)، والمبسوط (٥/٥٩)، وتحفة الفقهاء (٢/١١٩).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٥٤)، والبيان (٩/٢٣٣).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٦٠)، بدائع الصنائع (٢/٢٣٠).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٥٤)، والبيان (٩/٢٣٣).

(٦) هكذا كتبت في الأصل.




اختص النكاح بهذه الأشياء التي هي التابع، فلأن يختص بما هو الركن أولى؛ ولأن الألفاظ في العقود إنما وضعت أمارات ودلالات على مقصود العقد وخصوصيته، ولم يكن لفظ أدل على مقصود النكاح وخصوصيته من لفظ الإنكاح والتزويج؛ ولأن الإنكاح عبارة عن الضم(١)، والتزويج يبنى على الازدواج(٢)، والمقصود من النكاح الانضمام والازدواج؛ فإذا كان هذا اللفظ أدل، قلنا: بأنه يختص به.

ولهذا المعنى لا ينعقد سائر العقود بهذا اللفظ، لكن يبقى خاصًا أبدًا، كذلك ها هنا وهذا معنى يجريه [١٤٣/أ] بعض الأصحاب(٣)، ما لا ينعقد بلفظ النكاح لا ينعقد بلفظه النكاح(٤) كالقرض(٥) والوصية(٦).

❁ ودليلهم: لفظ أمكن تصحيحه بطريق المجاز، فوجب أن يصح، كما في باب الطلاق(٧).

---

(١) ينظر: التعريفات (ص: ٢٤٦).

(٢) ينظر: لسان العرب (٢/٢٩٣)، وتاج العروس (٦/٢٤).

(٣) الأصحاب: هم أصحاب الوجوه، الذين يخرجون على المذهب ما لم ينص الإمام عليه، ويقيسون ما سكت عنه على ما نص عليه لوجود معنى بينهما. وقد تكون الأوجه باستنباط الأحكام من نصوص الشارع، لكن يتقيدون في استنباطها على طريقة إمامهم. قال ابن حجر: وفي الإصطلاح: المراد بالأصحاب المتقدمون وهم أصحاب الأوجه غالباً وضبطوه بالزمن، وهم من الأربعمائه». حاشية البجيرمي (٢/٢٨٩)، المدخل إلى مذهب الشافعي (١/٢٦).

(٤) وبيان ذلك: أن النكاح لفظ لا ينعقد به البيع، فوجب أن لا ينعقد النكاح بالبيع؛ لأن الأصل في الألفاظ أن تتحد دلالتها. ينظر: تقويم النظر (٤/٩٧).

(٥) القرض: ما يتجازى به الناس بينهم والجمع قروض والقراض. ينظر: المصباح المنير (٢/٤٩٨)، والمخصص (٣/٤٤١).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٥٤)، والبيان (٩/٢٣٣).

(٧) ينظر: المبسوط (٥/٦٠)، وبدائع الصنائع (٢/٢٣٠).

وبيان ذلك وهو أنه لا معنى للمجاز، إلا أنه يكنى بلفظ عن لفظ إذا وجد بينهما اتصال من حيث السببية، كما يكنى بالسماء عن المطر لأنه سببه، وبالمسيس عن الوطء، وبالنكاح عن الوطء لأنه سببه.

وقد وجد هذا المعنى ها هنا؛ لأنه وجد بين لفظ الهبة ولفظ النكاح اتصال من حيث السببية، لأن الهبة سبب لملك الرقبة، وملك الرقبة سبب لملك المتعة، والنكاح سبب لملك المتعة، فدل أنه وجد الاتصال بينهما من حيث السببية، فيجوز أن يكنى به عنه؛ لأن تصحيح كلام العاقل واجب متى أمكن، أن لا يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز؛ لأن المجاز كلام العرب كالحقيقة، ولعل استعمال المجاز منهم أكثر لأنه أفصح وأوجز[١]، وخرج على سائر العقود، فإنها إنما لا ينعقد بلفظ النكاح؛ لأنه لم يوجد الاتصال، بخلاف مسألتنا[٢].

الجواب:

قولهم: لفظ أمكن تصحيحه بطريق المجاز.

قلنا: أولًا: لم قلتم أن المجاز فيه محال؟! ولا ينبغي أن يكون كذلك؛ لأن هذا عقد يمتاز من بين سائر العقود، وبزيادة احتياط، ولهذا يشترط من الشرائط ما لا يشترط في غيره لأجل الاحتياط، واللائق بالاحتياط أن لا ينعقد بالكناية؛ لأن الكناية موجودة تقدير معدومة حقيقة، فدل أن العقد بين الوجود والعدم، والأصل هو العدم، فوجب أن يختص بلفظه وضع له الاحتياط،

(١) ينظر: تقويم النظر (٤/٩٧).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٦٠)، بدائع الصنائع (٢/٢٣٠).




والثاني ما بَيَّنّا أنه عقد خاص، فوجب أن يختص بلفظ خاص، فلا يجوز المصير إلى الكناية، ولئن سلمنا أنه يجوز المصير إليها، ولكن ما قلتم بأنه يمكن.

قولهم: لأنه وجد الاتصال من حيث السببية.

قلنا: لا نُسَلِّم بأن الهبة سبب لملك متعة يكون النكاح سببًا له؛ لأن ملك المتعة التي تحصل بالنكاح غير، والذي يحصل بالهبة غير؛ لأن المغاير في الأشياء إنما يعرف بالتغاير في الآثار، وقد وجد التغاير في الآثار؛ لأن ملك المتعة الحاصل بالنكاح لا يقبل النقل، وبالهبة يقبل النقل، والحاصل بالنكاح يزول بالطلاق، وبالهبة لا يزول به، وذاك يحرم بالإيلاء والظهار، وهذا لا يحرم [١٤٣/ب]، فدل أن التغاير حاصل.

ولأن اللفظ إنما يستعمل كناية عن لفظ آخر إذا اتحدا محلًا، ولم يوجد ها هنا اتحاد المحل؛ لأن محل لفظ الهبة الذات ومحل لفظ النكاح المنفعة، فإذا قال: وهبت. فقد أضاف إلى الذات، لا إلى المنفعة، فلا يمكن أن يجعل كناية[١]، والله أعلم.



|١٨٢| مسألة:

نكاح الأخت في عدة الأخت جائز عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣]، وكذلك

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٥٤).

(٢) المقصود بذلك عدة البائن منها بينونة كبرى. ينظر: الأم (٥/٣)، والحاوي الكبير (٩/١٦٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣١٨)، والمبسوط (٤/٢٠٢)، وتحفة الفقهاء (٢/١٢٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٣).




الخلاف في التزوج بان مع سواها[1].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن العدة شرعت قضاءً لحق الماء عندنا وصيانة له[2]، وعندهم شرعت قضاء لحق النكاح[3].

❊ دليلنا: أن المحرم لم يوجد، [فيجوز][4] النكاح[5].

وإنما قلنا: لم يوجد؛ لأن المحرم هو الجمع في النكاح، ولم يوجد الجمع في النكاح؛ لأن نكاح الأولى قد زال بالطلاق؛ لأن الطلقات الثلاث مزيلة للنكاح لجميع علائقه، وإذا زال النكاح فلا يكون جمعًا ولا تفريقًا.

وبيان زوال النكاح بجميع حقوقه وعلائقه الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فوجوب الحد على الزوج المطلق بالوطء في العدة، وعدم ثبوت النسب[6].

وأما الحقيقة: فلأن المسألة مصورة فيما إذا طلقها ثلاثًا، أو طلقها

---

(١) وبيان ذلك: أنه إذا فارق من الأربع ثلاثا تزوج مكانهن في عدتهن. ينظر: الحاوي الكبير (١٦٩/٩).

(٢) ينظر: الأم (٣/٥)، والحاوي الكبير (١٧٠/٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٨/٤)، والمبسوط (٢٠٣/٤)، وبدائع الصنائع (٢٦٤/٢).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «فلا يجوز» والصحيح ما أثبته في المتن، قال الماوردي: ولأنه جمع حرم على الزوج بالعقد فوجب أن يرتفع بالطلاق كالمطلقة قبل الدخول. الحاوي الكبير (١٧٠/٩).

(٥) ينظر: الأم (٣/٥)، والحاوي الكبير (١٧٠/٩).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٧٠/٩).




بائنًا ، ولا شك بأن البينونة حاصلة ، والبينونة إذا حصلت لا يبقى النكاح ؛ لأن النكاح وصلة ، ولا وصلة مع البينونة ؛ ولأن النكاح إنما يراد لثمراته نحو السكن والازدواج ، وذلك زال بالكلية ؛ ولأن الطلقات الثلاث مزيلة لمحلية النكاح ، فكيف يمكن القول ببقاء النكاح مع زوال المحلية ؟!

وبهذا يتبين أن حق النكاح أيضًا لا يبقى ، لأن حق النكاح لا يبقى إلا في المحل لحقيقة مزيلة لحقيقة النكاح ، والمحلية قد زالت ؛ ولأن الحق أضعف من الحقيقة ، فالطلقات لما كانت مزيلة لحقيقة النكاح فأولى أن تكون مزيلة للحق ، فدل أن الجمع لم يوجد ؛ ولأن الجمع بين شيئين إنما يكون بوجود الفعل الجمع فيهما ، كالجمع المحسوس ، فإن الجمع بين شخصين قتلا إنما يكون بوجود فعل القتل فيهما ، كذا النكاح الجمع بينهما نكاحًا إنما يكون بوجود فعل النكاح بينهما جميعًا ، فلم يوجد[1] .

وخرج على هذا ما إذا تزوج بامرأة ثم تزوج بأختها بعد ذلك بمدة ؛

---

(١) العلة والحكمة من تحريم الجمع بين الأختين ، أنه مهما كانت علاقة المحبة ورابطة الأخوة بين الأخوات ، إلا أنّ هناك دائماً تكون شرارة غيرة بينهنّ ، والقصد من الزّواج دائماً هو الإستقرار في وجه محبة وألفة ، فالمرأة تحب أن يكون زوجها لها وحدها ، فماذا يحصل لو تزّوج الرّجل من أختين في الوقت نفسه ، سيكون هناك قطيعة ومناوشات وغيرة تحوّل حياة الزّواج إلى ضجة وجحيم ، ولا يكون هناك أي مودة بينهما ، وستخلق فتناً في جو العائلة هي في غنى عنها ، لذلك حرّم الإسلام الجمع بين الأختين تجنباً للمشاكل والمشاجرات والقطيعة بين الأختين ، فالزّوج من حقه أن يرتاح في جو أسري كله ألفة ، فلذا حرص الإسلام على تقوية صلة الرّحم بين النّاس ، فصلة الرّحم هي أصل بنية وقوة المجتمع بشكل عام ، وقوة الأسرة بوجه خاص ، فلو جمع الرّجل بين الأختين سيؤدي ذلك إلى قطيعة في الأرحام ، وستبتعد الأخت عن أختها ، وتتولد لديها الحقد والكراهية بعد أن جمعتهما علاقة الدّم من نفس الأب والأم .




حيث لا يصح[(١)]، وإن لم يوجد فعل الجمع؛ لأنا نقول: ليس كذلك، بل وجد؛ لأن إبقاء النكاح في الأولة مضاف إليه، فهو قادر على الإزالة والإبقاء، فينبغي أن يزيل نكاح الأولة، ثم يتزوج بالثانية، فإذا لم يزل الأول وتزوج بالثانية، فكأنه أنشأ في الأول في هذه الحالة، فيكون موجودًا فعل الجمع تقديرًا[(٢)]، بخلاف [١٤٤/أ] مسألتنا؛ لأنه ليس بيده رفع القدرة، فلا يحصل، كأنه منشئ، كذلك النكاح في هذه الحالة فافترقا[(٣)].

❖ **دليلهم**: أن الجمع المحرم قد وجد، فوجب أن لا يجوز التزوج[(٤)].

وبيان أن الجمع المحرم قد وجد هو أن الجمع المحرم هو الجمع بين الأختين في النكاح[(٥)]، وقد وجد الجمع في النكاح.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن العدة واجبة عليها، والعدة حق النكاح، ونعني به أن النكاح قائم من وجه كقولنا: للمكاتب حق الملك؛ يعني أن الملك من وجه.

ويدل على أن العدة حق النكاح بالحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنها تجب عند زوال الملك، ولو كانت حقًا للماء إنما يكون للصيانة، والماء مضمون لحرمة الشرع، فلا حاجة إلى شيء آخر؛

(١) ينظر: الأم (٥/٣)، والحاوي الكبير (٩/١٧١).
(٢) ينظر: الأم (٥/٣).
(٣) ينظر: الأم (٥/٣)، والحاوي الكبير (٩/١٧١).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣١٨)، والمبسوط (٤/٢٠٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٤).
(٥) ينظر: الأم (٥/٣)، والحاوي الكبير (٩/١٧١).

ولأنها تتقدر بثلاثة أقراء، ولو كان حق الماء وجب أن يتقدر بقرء واحد كالاستبراء، ولأنه يختلف بالرق والحرية، ولو كان لحق الماء وجب أن لا يختلف؛ لأن الماء لا يختلف[1].

وأما الحقيقة: هي أن النكاح عقد شريف، ولهذا يختص من بين سائر العقود في الابتداء بزيادة شروط، فكذلك في الانتهاء وجب أن يختص بزيادة أمر، وهو أن يعقبه حقًا، فدل أن العدة حق النكاح، فيكون النكاح قائمًا من وجه، ومن وجه آخر قالوا: الدليل على أن النكاح قائم من وجه هو أن الثابت بالنكاح نوعا ملك: ملك يد، وهو الحبس في باب النكاح؛ لأنه بمنزلة ملك اليد في سائر العقود، والثاني: ملك الحل، وهو بمنزلة ملك العين، وبالطلاق إن زال ملك الحل، ولكن بقي الحبس، فبقي ملك اليد، فيكون النكاح قائمًا من وجه لهذا المعنى[2].

ولا يلزم الحد وعدم ثبوت النسب؛ لأنا لا نُسَلِّم، بل لا يجب الحد، ويثبت النسب، ثم ولئن سلمنا؛ فلأن ملك اليد غير كافٍ لثبوت النسب، ولا لسقوط الحد؛ بدليل المرتهن[3].

ومن وجه آخر قالوا: الدليل على أن النكاح باقٍ من وجه أن الفراش باقٍ؛ بدليل أنها لو أتت بولد يحتمل العلوق في حالة النكاح، ويحتمل أنه

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) لم أجد من ذكر العلاقة أو أشار إليها في قول المؤلف «ملك اليد غير كافٍ لثبوت النسب، ولا لسقوط الحد» وبين «بدليل المرتهن».

في غير حالة النكاح، فإنه يثبت النسب[1]، ولولا أن الفراش قائم، وإلا لما ثبت النسب إلا بعد أن يبقى العلوق في حالة النكاح، كما قبل الدخول، وإذا كان باقيًا كان النكاح باقيًا من ذلك الوجه، فيكون حاصلًا من وجه، فيصير ملحقًا بالجمع من كل وجه احتياطًا للحرمة[2].

الجواب:

قولهم: بأن الجمع المحرم قائم.

قلنا: لا نُسَلِّم على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن العدة حق النكاح.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي حق الماء، بدليل الحقيقة [١٤٤/ب] والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الماء في الرحم يعطى له حكم الشخص، فالشرع أوجب العدة لصيانته عن الاختلاط.

وأما الحكم: فلأنها تتقدر بالأقراء، ولو كان حق النكاح وجب أن تتقدر بالأشهر كعدة الوفاة.

قولهم: لا يكتفى بقرء واحد.

قلنا: لأنه لا يدل على البراءة قطعًا، فالشرع ضم إليه قرأين آخرين احتياطًا.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٨/٤)، والمبسوط (٢٠٣/٤)، وبدائع الصنائع (٢٦٤/٢).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.




قولهم: يجب بعد زوال الملك.

قلنا: لأن النكاح شرع للشغل فيستدعي محلًا فارغًا. فقلنا: أبانها تجب قبل استحداث الملك الثاني حتى يصادف محلًا فارغًا.

قولهم: يختلف بالرق والحرية.

قلنا: لأن العدة حق الله تعالى، وحق الله تعالى يختلف بالرق والحرية؛ ولأن الماء في رحم الحرة أشرف، فعدته أكثر لهذا المعنى.

قولهم: بأن النكاح عقد شريف.

قلنا: لو كان لأجل الشرف وجب أن يبقى من كل وجه، ولا يزول أصلًا؛ لأن إظهار الشرف فيه أكثر.

قولهم: بأن ملك اليد باقٍ.

قلنا: ملك اليد لا يعرف في باب النكاح؛ لأن ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر إلا في الاستمتاع والاستيفاء؛ فكيف يظهر في اليد وهو أجنبي عن النكاح؟!

أما الحبس، قلنا: الحبس ليس بملك يد، بدليل الموطوءة بالشبهة، فإن الحبس موجود وليس للواطئ عليها ملك يد[١]، والله أعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٧١).




|١٨٣| **مسألة:**

الزنا لا يوجب حكم المصاهرة[١] عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن العلة الموجبة للحرمة هو الوطء الحلال، أو وطء فيه شبهة الحل عندنا[٤]، وعندهم هي الجزئية والبعضية[٥].

❊ **دليلنا:** أن حرمة المصاهرة نعمة وكرامة من الله تعالى، فلا يجوز تعليقها بالزنا كالنسب[٦].

وإنما قلنا ذلك أنها شرعت لحياطة النكاح عن وجوه المفاسد؛ لأن من تزوج بامرأة فلم يجد بدًا من معاشرة أمها وابنتها، ولم تجد هي بدًا من معاشرة ابنه وأبيه؛ لأنا لو قلنا بأنه يحرم الدخول على هؤلاء، فيكون فيه قطع الوصلة، والنكاح شرع للوصلة[٧]، فلا يجوز شرعه على وجه يكون فيه قطع

---

(١) الصهر: من كان من أقارب الزوج، أو الزوجة. ينظر: المطلع على ألفاظ المقنع (ص: ٣٩١).

(٢) ينظر: الأم (٥/١٦٤)، والحاوي الكبير (٩/٢١٤)، ونهاية المطلب (١٢/٢٤٠)، وبحر المذهب (٩/٢١١). والبيان (٩/٢٥٤).

(٣) ينظر: الأصل (٧/٤٨٦)، والسير (ص: ١٨٩)، والمبسوط (٤/٢٠٤)، وتحفة الفقهاء (٢/١٢٤) وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٤)، وبحر المذهب (٩/٢١١)، والتهذيب (٥/٣٦٥).

(٥) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٤)، وبحر المذهب (٩/٢١١)، والتهذيب (٥/٣٦٥).

(٧) ومما يدل على ذلك قوله تعالى ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [سورة الفرقان: ٥٤] قال ابن العربي: النسب عبارة عن خلط الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع فإن كان بمعصية كان خلقا مطلقا ولم يكن نسبا محققا ولذلك لم يدخل تحت قوله: «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم» بنته من الزنى لأنها ليست ببنت له في أصح القولين.=

الوصلة، ولو جوزنا الدخول على هؤلاء [يقينا][1] الحل يؤدي إلى مفسدة عظيمة؛ لأن الشهوة مركبة، والنظر [جائز وقد قتل الطرف حواء][2] فالشرع نزع الشهوة عن قلوب الأزواج [بتحريضهن][3] على التأبيد صونًا للنكاح عن وجوه المفاسد.

والنكاح نعمة، فما شرع صونًا له أيضًا يكون نعمة، ومن وجه آخر نقول: حرمة المصاهرة وصلة، فلا يجوز تعليقها بالزنا كالنسب، وبيان أنها وصلة أنها قرينة النسب في كتاب الله ﷻ، قال الله ﷻ: ﴿فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[4].

ثم النسب [١٤٥/أ] وصلة، فكذا المصاهرة، ولهذا الصهرية توجب حق الاعتراض، حتى إن المرأة إذا زوجت نفسها ممن لا يكافؤها يثبت حق الاعتراض، حتى لا يدخل في شجرة نسبهم من لا يكافؤهم في الصهرية، فدل أنها قريبة النسب، ولأن الصهرية إنما شرعت للألفة والصحبة والمودة، وذلك وصلة، فدل أنها وصلة، فلا تتعلق بالزنا؛ لأن الوصلة محثوث عليه[5] والزنا مزجور عنه[6]، ولا يجوز تعليق المحثوث عليه بالمزجور عنه، وهذا

= تفسير ابن أبي حاتم (١٣/٧٥٧).

(١) هكذا كتبت في الأصل، وتصحيحه «وأبقينا»، لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٢) هكذا كتبت في الأصل.

(٣) هكذا كتبت في الأصل، وتصحيحه «بتحريمهن»، لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٤) سورة الفرقان: آية ٥٤.

(٥) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١] قال الواحدي: واتَّقوا الأرحام أن تقطعوها. الوجيز للواحدي (ص: ٢٥١).

(٦) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ =




المعنى يتلقى من قول الشافعي ﵁ لما ناظر محمد بن الحسن ـ ﵀ ـ[1] في هذه المسألة على قوله أحد جماعًا جماعًا؛ فقال: بلى، ولكن ذاك جماع حمدت عليه، وهذا جماع رجمت به[2][3].

♦ ودليلهم: أن الزنا سبب للجزئية فيكون سببًا للحرمة كالوطء في النكاح الصحيح [وهذا جماع رجمت به ودليلهم: أن الزنا سبب للجزئية فيكون سببًا للحرمة كالوطء في النكاح الصحيح،][4][5].

وهذا لأن الوطء الحلال سبب للحرمة، لا لكونه حلالًا؛ إذ لا تأثير له، لأنه لو كان هو المؤثر لوجب أن كل فعل حلال يوجب الحرمة، ومع ذلك لا يوجب بل هو مختص بالوطء، فلا بد وأن يكون ذلك لمعنى في الوطء، وذلك المعنى ليس إلا الجزئية؛ لأنها هي المؤثرة، بدليل أن النكاح إنما شرع للاستمتاع، والاستمتاع بالجزء حرام، كما أنه بنفسه حرام؛ ولهذا

= أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [سورة النور: ٣].

(١) هو أبو عبد الله محمد بن فرقد، الشيباني بالولاء الفقيه الحنفي، أصله من قرية على باب دمشق في وسط الغوطة اسمها حرستا، صنف الكتب الكثيرة النادرة، منها الجامع الكبير والجمع الصغير وغيرهما. وله في مصنفاته المسائل المشكلة خصوصا المتعلقة بالعربية. ونشر علم أبي حنيفة، وكان من أفصح الناس، وكان إذا تكلم خيل لسامعه أن القرآن نزل بلغته. وقال الشافعي: ما رأيت أحدا يسأل عن مسألة فيها نظر إلا تبينت الكراهة في وجهه، إلا محمد بن الحسن، وتوفي سنة: ٥٦٧ هـ. ينظر: وفيات الأعيان (٤/١٨٤)،

(٢) ينظر: الأم (٥/١٦٥)، ومختصر المزني (٨/٢٧٠).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٤)، وبحر المذهب (٩/٢١١)، والتهذيب (٥/٣٦٥).

(٤) هكذا كتبت في الأصل، والجملة مكررة لما قبلها، والله أعلم.

(٥) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).



قال النبي ﷺ: «ناكح اليد ملعون»(١)(٢).

وكذلك الاستمتاع بالفخذ حرام(٣)، ولأن النكاح رق دل على [أما](٤) ورد في الخبر(٥)، واسترقاق الجزء حرام كالكل، فدل على أن المؤثر هو الجزئية، والجزئية حاصلة بالوطء؛ لأنه سبب للجزئية، ولهذا قال ﷺ: «فاطمة بضعة مني»(٦)؛ يعني جزء مني، ولهذا لو اشترى أباه أو ابنه عتق عليه عندكم لأجل الجزئية(٧)، والآخ لا يعتق عندكم على أخيه لعدم الجزئية(٨).

ومن حيث المعقول ظاهر؛ لأن الوطء يوجب امتزاج الماءين في الرحم،

---

(١) أخرجه ابن الملقن، كتاب: النكاح، باب: فيما يملك الزوج من الاستمتاعات، (٢/٢٠٢)، برقم: ١٩٩٥، وقال: غريب جدًّا، ولا أعلم في الباب غير حديث أبي هريرة مرفوعًا: «أهلك الله أُمَّةً كانوا يعبثون بذكورهم» وقال الألباني: «حديث ضعيف». ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة (١٠/٤٢٤).

(٢) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ عَنِ ٱللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ۝ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَوٰةِ فَٰعِلُونَ ۝ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٣ ـ ٦].

(٣) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).

(٤) هكذا كتبت في الأصل، وتصحيحه «كما» لاستقامة سياق المعنى.

(٥) وهو قوله ﷺ «النكاح رق» وسبق تخريجه في (ص: ١١٣).

(٦) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: فضائل الصحابة، باب: مناقب قرابة رسول الله ﷺ ومنقبة فاطمة عليها السلام بنت النبي ﷺ، (٥/٢١)، برقم: ٣٧١٤، ورواه مسلم صحيحه، كتاب: فضائل الصحابة رضى الله تعالى عنهم، باب: فضائل فاطمة بنت النبي عليها الصلاة والسلام، (٤/١٩٠٣)، برقم: ٢٤٤٩.

(٧) ينظر: الأم (٤/١٢٣).

(٨) ينظر: والتهذيب (٨/٣٩٤).




والماءان إذا امتزجا واختلطا يعطى لهما حكم شخص واحد، ولهذا يضاف كله إلى كل واحد منهما لكونه مخلوقًا من مائهما، وإذا كان الكل مضافًا إليهما فيكون جزء منهما، وإذا كان الكل مضافًا إليه يكون جزءًا منه، فحصلت الجزئية بينهما بواسطة الولد [و][1]بالجزئية بين الأخوين بواسطة الأب، فإذا حصلت الجزئية بينهما فإنها تتعدى منهما إلى فروعهما وأصولهما، فصار أصوله وفروعه عليها كأصولها وفروعها، وأصولها وفروعها عليه كأصوله وفروعه، ثم أصوله وفروعه عليه حرام، كذا أصولها وفروعها[2]، وخرج على هذا [١٤٥/ب] إذا زنى بصغيرة لا تشتهي، إنما لا يوجب ذلك حرمة المصاهرة؛ لأن الوطء هناك لا يكون سببًا للحرمة[3].

الجواب:

قولهم: بأن الزنا سبب للجزئية، فيكون سببًا للحرمة.

قلنا: لا نُسَلِّم بأن الوطء سبب للحرمة، ولا نُسَلِّم بأن الولد جزء منها، بل هي شيء مودوع فيها، أقصى ما في الباب أنه مخلوق من مائها، ولكن إنما ليس بجزء، بل هي شيء مودوع فيها، وقول النبي ﷺ: «فاطمة بضعة مني»[4] أراد به الشفقة.

قولهم: بأن الوطء يوجب امتزاج الماءين.

---

(١) زيادة من المحقق؛ لاستقامة سياق المعنى.

(٢) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).

(٣) ينظر: المبسوط (٩/١١١).

(٤) سبق تخريجه في (ص: ١٦٩).




قلنا: لا نُسَلِّم بأن الماء جزء منها حتى يستقيم هذا الكلام، ولئن سلمنا أن الوطء سبب للجزئية، إلا أنا لا نُسَلِّم أن الجزئية مؤثرة؛ بدليل أنه لا يحرم على الواطئ بالزنا وابنه أم الموطوءة وابنتها، وكذلك الجزئية لا تثبت بين الواطئ والموطوءة، والجزئية تثبت بينهما أولًا، ثم تتعدى إلى غيرهما، ولئن سلمنا أن الجزئية مؤثرة، لكن الجزئية الحاصلة بوطء حلال مؤثرة؛ لأن الحرمة نعمة وكرامة، وإنما تتعلق بالحلال لا بالحرام[1]، والله أعلم.



|١٨٤| مسألة:

المخلوقة من ماء الزنا لا تحرم على الزاني نكاحًا عندنا[2]، خلافا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المحرم للنكاح هو الوطء الحلال أو شبهة الحل عندنا[4]، وعندهم الجزئية والبعضية[5].

❊ دليلنا: أنها أجنبية عنه، فلا تحرم عليه كسائر الأجنبيات[6].

والدليل على أنها أجنبية عنه الحكم والحقيقة:

أما الحقيقة: فلأن الجناية ضد القرابة، والقرابة إنما تعرف بالدليل،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٦).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٨)، والمهذب (٢/٤٤٠)، والبيان (٩/٢٥٦).
(٣) ينظر: النتف (١/٢٥٥)، والمبسوط (٤/٢٠٦)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٨)، والمهذب (٢/٤٤٠)، والبيان (٩/٢٥٧).
(٥) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦١).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٨)، والمهذب (٢/٤٤٠)، والبيان (٩/٢٥٧).




ودليل القرابة الإضافة، والإضافة تبنى على الدليل، وهو الفراش[1]، ولم يوجد الفراش، فانعدمت القرابة.

وإذا انعدمت القرابة جاءت الجناية ضرورة؛ ولأن الإضافة بالنسب، ولم يوجد ثبوت النسب، بدليل أنه لا يرتب عليه أحكام النسب؛ نحو الإرث والنفقة وغير ذلك.

وأما الحكم: فلأن الثابت ها هنا أحكام الأجانب؛ نحو عدم ثبوت النسب، وعدم الإرث والنفقة، وجريان القصاص بينهما، وجواز وضع الزكاة والعتق والولاء، فدل أنها أجنبية، فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[2][3].

❖ودليلهم: أنها بعضه، فوجب أن تحرم عليه كولد [الرشدة][4].

وإنما قلنا: أنها بعضه؛ لأنه مخلوقة من مائه، وماؤه بعضه على ما بَيَّنَّا في المسألة قبلها[5]، كذا الولد بعضه؛ لأن لا يختلف بل الحالة تختلف؛

---

(١) ومما يدل عليه قول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، (١٥٣/٨)، برقم: ٦٧٤٩، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب: الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، (١٠٨٠/٢)، برقم: ١٤٥٧.

(٢) سورة النساء: آية ٢٤.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢١٨/٩)، والمهذب (٤٤٠/٢)، والبيان (٢٥٧/٩).

(٤) هكذا كتبت في الأصل، وتصحيحه «الراشدة». قال السرخسي: «أن ولد الزنا بعضه فتكون محرمة عليه كولد الراشدة» ينظر: المبسوط (٢٠٧/٤).

(٥) ينظر: (ص: ١٦٦).




تارة يكون مائعًا، وتارة يكون جامدًا، أو تارة يكون مركبًا عن أعضاء وأبعاض، أما هو في نفسه [١٤٦/أ] عين ذلك الماء، وخرج على هذا النسب، حيث لا يثبت؛ لأن النسب من جانب الآباء، وإنما يثبت للتشريف، ولا تشريف في الانتساب بهذا الطريق(١)، بل فيه إهانة وإشاعة فاحشة(٢)، فلا يثبت لهذا المعنى خلاف الحرمة، فإنها تثبت لأجل الجزئية وهي موجودة(٣).

الجواب:

قولهم: بعضه.

قلنا: قد بَيَّنَّا أنه لا بعضية ولا جزئية بين الآدمي والآدمي، ثم نقول: إن سلمنا أنها بعضه، لكن هذه جزئية معطلة غير معتبرة؛ بدليل أنها لا تعتبر في ثبوت النسب، ولهذا قال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»(٤)، فدل أنها معطلة، فلا يجوز تعليق الحرمة بها كما لا تتعلق بها سائر الأحكام.

قولهم: بأن النسب للتشريف، ولا تشريف ها هنا، بل هو إهانة.

قلنا: الحرمة نتيجة النسب على ما قال الله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾(٥)،

---

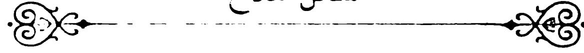
(١) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٥).

(٢) الفاحشة: كل شيء جاوز حده وقدره فهو فاحش، وكل أمر لا يكون موافقا للحق فهو فاحشة، ينظر: تهذيب اللغة (٤/١١١)، ومقاييس اللغة (٤/٤٧٨).

(٣) ينظر: المبسوط (٤/٢٠٧)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٠).

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، (٨/١٥٣)، برقم: ٦٧٤٩، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب: الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، (٢/١٠٨٠)، برقم: ١٤٥٧.

(٥) سورة النساء: آية ٢٣.



فإذا لم يوجد الانتساب لم تثبت الحرمة[1]، والله أعلم.



|١٨٥| مسألة:

الأب إذا استولد جارية ابنه يلزمه العقر[2] والقيمة جميعًا عندنا[3]، وعندهم لا يلزمه العقر، وإنما يلزمه القيمة فقط[4].

وأجمعنا على أن أحد الشريكين إذا استولد الجارية المشتركة بينهما أنه يلزمه العقر ونصف القيمة[5].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن للأب حق الملك في مال الابن عندنا[6]، وعندهم لا حق له في مال ابنه أصلًا[7].

❊ دليلنا: أنه وجد سبب العقر والقيمة، فوجب أن يجب كلاهما[8]؛

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢١٩).

(٢) عقر المرأة: مهرها، وجمعه أعقار، وقيل: دية فرجها إذا غصبت فرجها، وقيل: ثواب تثابه المرأة من نكاحها. ينظر: العين (١/١٥٠)، وتهذيب اللغة (١/١٤٩).

(٣) ينظر: الأم (٦/٢٧٠)، ومختصر المزني (٨/٢٦٨)، والحاوي الكبير (٩/١٧٥)، وبحر المذهب (٩/١٧٣).

(٤) ينظر: الأصل (٨/٥٨)، وشرح مختصر الطحاوي (٣/٢١٣)، والنتف (١/٤١٩)، والمبسوط (١٧/١١٥)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥٠).

(٥) الصحيح من مذهب الحنفية أنه يلزمه نصف العقر. ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٧٨)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥٠)، والأم (٦/٢٧٠)، ومختصر المزني (٨/٢٦٨).

(٦) ينظر: الأم (٦/٢٧٠)، والحاوي الكبير (٩/١٧٦)، وبحر المذهب (٩/١٧٤).

(٧) ينظر: المبسوط (١٧/١١٥)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥٠).

(٨) ينظر: الأم (٦/٢٧٠)، والحاوي الكبير (٩/١٧٦)، وبحر المذهب (٩/١٧٤).




لوطء أحد الشريكين الجارية والمشتركة(1).

وإنما قلنا وجد سببها؛ لأن سبب العقر هو الوطء وسبب القيمة هو التملك وقد وجد.

وإنما قلنا أن السبب هذا؛ لأن [وطء](2) جارية الغير يصلح سببًا لإيجاب العقر، أما عندنا: فظاهر؛ لأن مطلق الوطء سبب، وأما عندكم: الوطء إذا لم يكن موجبًا للحد يوجب العقر، وهذا الوطء لا يوجب الحد، فيوجب العقر(3)، وبملك الجارية أيضًا يوجب القيمة، وقد وجد السببان، فوجب كلاهما؛ كأحد الشريكين إذا وطئ الجارية المشتركة واستولدها، ولا فرق بينهما(4)؛ لأن نصف العقر ونصف القيمة ككل العقر، وكل القيمة ثم هناك يجتمعان، كذلك ها هنا(5).

❦ ودليلهم: وطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر، دليله: الوطأة الثانية والثالثة(6).

وبيان ذلك أن الاستيلاد صحيح بالاتفاق، والنسب ثابت، وهذا يستدعي

---

(1) ينظر: الأم (٦/٢٧٠)، ومختصر المزني (٨/٢٦٨)، والحاوي الكبير (٩/١٧٦)، وبحر المذهب (٩/١٧٤).

(2) في المخطوط: [الوطء].

(3) ينظر: المبسوط (١٧/١١٥)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥١).

(4) ينظر: الأم (٦/٢٧٠)، ومختصر المزني (٨/٢٦٨).

(5) ينظر: الأم (٦/٢٧٠)، ومختصر المزني (٨/٢٦٨)، والحاوي الكبير (٩/١٧٦)، وبحر المذهب (٩/١٧٤).

(6) ينظر: المبسوط (١٧/١١٦)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥٠).

قيام الفراش على ما قال النبي ﷺ: «الولد للفراش»[1]، والفراش إنما يكون بأحد شيئين؛ إما بملك اليمين أو بملك النكاح، ولم يوجد ملك النكاح [١٤٦/ب] فلا بد من ملك اليمين، إما حق الملك أو حقيقة الملك، ولأن الاستيلاد بسبب لحق الحرية في الحال، ولحقيقة الحرمة في ثاني الحال.

وكل ما هذا سبيله لا يثبت إلا بحق ملك أو حقيقة ملك، وليس للأب حق ملك ولا حقيقة ملك، أما انتفاء حقيقة الملك للأب فظاهر؛ لأن الجارية ملك الابن، وأما حق الملك أيضًا لم يوجد في حقه بدليل الشرع والحقيقة:

أما الشرع: فقول النبي ﷺ: «كل أحد أحق بماله من ولده ووالده وسائر الناس أجمعين»[2].

وأما الحقيقة: فلأن الابن مالك كالأب، وحر كالأب، ثم لما لم يثبت للابن حق في مال الأب لمالكيته وحريته، كذلك لا يثبت للأب؛ ولأن الحرية تؤذن بالصفاء والخلوص، فكما لا يوجب للأب حقًا في رقبته للصفاء والخلوص، فكذا في ماله لا تابع للرقبة؛ ولأنه لا معنى لحق الملك إلا ثبوت الملك من وجه، والملك الحقيقي ثابت للابن، والحقيقي ثابت وهو

---

(١) سبق تخريجه في (ص: ١٧٣).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت، (٤٢٢/٥)، برقم: ٤٥٦٨، والبيهقي في سننه، كتاب: المكاتب، باب: من قال: يجب على الرجل مكاتبة عبده قويا أمينا، ومن قال: لا يجبر عليها، لأن الآية محتملة أن تكون إرشادا، أو إباحة لا حتما، (٥٣٩/١٠)، برقم: ٢١٦١٨، وقال هذا مرسل حبان بن أبي جبلة القرشي من التابعين، وقال الألباني: حديث ضعيف. ينظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة (٥٣٤/١).




عبارة عن الثبوت من كل وجه.

وأما الحكم: فلأن تصرفات الابن نافذة في الجارية بالعوض وبغير العوض، فدل أنه لا حق للأب، ولأنه يحل للابن وطؤها، ولو كان للأب شبهة لما حل، فدل أنه لا حق للأب، ومع ذلك صح الاستيلاد، ولا يصح إلا بعد حق ملك أو حقيقة ملك، والشرع أثبت للأب ولاية تملك مال الابن عند الحاجة؛ ألا ترى أنه يجوز له التملك مجانًا حالة الجوع، والحاجة ها هنا ماسة، وهو صيانة مائه عن الإرقاق؛ لأن ماءه جزءه، كما يجب صيانة نفسه عن الإرقاق فيجب صيانة جزئه.

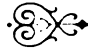
وصيانة الجزء عن الإرقاق إنما تكون بصحة الاستيلاد، وذلك إنما يكون بالملك؛ إما حقًا، أو حقيقة، فقدمنا أن الملك على الاستيلاد ضرورة صحة الاستيلاد، كما إذا قال: أعتق عبدك عني على ألف، قدمنا الملك على العتق ضرورة حصول العتق للملتمس، كذلك ها هنا[١].

وخرج على هذا الجارية المشتركة؛ لأن هناك الملك ثابت حقيقة في النصف للواطئ وذلك كافٍ لصحة الاستيلاد، غير أن الاستيلاد لا يتجزأ، فيتعدى إلى نصيب شريكه، فيملك نصيب شريكه حكمًا بصحة الاستيلاد، وحكم الشيء بعضه ويتلوه، بخلاف مسألتنا؛ لأن الملك شرط، وشرط الشيء مقدم على ذلك الشيء، فإذا قدمناه يكون الاستيلاد مصادفًا ملكه، فلا يلزمه [١٤٧/أ] العقر[٢].

---

(١) ينظر: المبسوط (١١٦/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٥٠/٦).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.




الجواب:

قولهم: وطء صادف ملكه.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل صادف ملك الابن.

قولهم: بأنَّ الاستيلاد صحيح، ولا يصح بدون الملك.

قلنا: [غير] مُسَلِّم؛ لأنه لا بد من شبهة ملك، لم قلتم بأنه ليس للأب شبهة ملك؟! بل للأب حق ملك في مال الابن، بدليل الشرع والحقيقة والحكم:

أما الشرع: فقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1] فهذه الإضافة تقتضي حقيقة الملك، فإن لم تثبت حقيقة الملك فلا أقل من حق الملك.

وأما الحكم: فلأنه لا يجب عليه الحد، ولو لم يكن فيه شبهة الملك لوجب الحد[2].

وأما الحقيقة: وهو أن الابن كسب الأب، وماله كسب كسبه، وكسب كسب الإنسان حقه لكسبه؛ حقه لأن كسب الكسب كسب له من وجه، فهو كاسب للعبد، فإنه كسب للسيد من وجه؛ لأن كسب كسبه، كذلك هذا، وإذا

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب: التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده، (٢/٧٦٩)، برقم: ٢٢٩١، ورواه الإمام أحمد بن حنبل: مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما (٦/٣٨٥) برقم: ٦٩٠٢، وقال البزار: هذا الحديث لا نعلمه يروى عن عمر، عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه، وقد رواه غير مطر، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال الألباني: حديث صحيح. ينظر: مسند البزار (١/٤٢٠).

(٢) ينظر: المبسوط (١٧/١١٥)، والحاوي الكبير (٩/١٧٧).




ثبت بأن [للأب][1] حق الملك فصح الاستيلاد بناء على ذلك، فلا حاجة إلى تقديم الملك، غير أن الاستيلاد لا يتجزأ، فتثبت له حقيقة الملك حكمًا بصحة الاستيلاد؛ كالجارية المشتركة سواء، ثم هناك يلزمه كلاهما، كذلك ها هنا.

أما قولهم: ليس للأب حق في مال الابن؛ بدليل قوله ﷺ: «كل أحد أحق بماله»[2] الخبر...

قلنا: فيه دليل على أن لغيره فيه حق؛ لأن هذا اللفظ لإظهار الحرمة، وإظهار الحرمة إنما يكون بعد الاستواء في أصل الحق، فلا جرم نقول: للابن حقيقة وللأب حق.

قولهم: بأن الابن مالك.

قلنا نحن: لا نثبت للأب حقًا باعتبار كونه مالكًا، وإنما يثبت باعتبار كونه أبًا، فلأن الأبوة فضيلة.

قولهم: بأن الحرية تبنى على الصفاء.

قلنا: تبنى عن الصفاء في محل الحرية، ومحل الحرية النفس لا المال.

قولهم: باح للابن وطؤها.

قلنا: لأن له حقيقة الملك، وحق الأب إنما لا يمنع الوطء باعتبار الحاجة؛ لأن الغالب أن الابن لا يخلو عن الأب، فلو قلنا بأنه يمنع، يؤدي إلى إلحاق الضرر بالآباء؛ هذا كأم الولد، فإن لها حق الحرية في نفسها، ومع

---

(١) في المخطوط: [الأب].

(٢) سبق تخريجه في (ص: ١٧٦).




ذلك لا يمنع الوطء في حق السيد باعتبار الحاجة، كذا ها هنا.

قولهم: يملك التصرف بالعوض وبغير العوض.

قلنا: الوجود حقيقة الملك؛ لأن حقيقة الملك كافٍ لإطلاق التصرف.

قولهم: بأن حقيقة الملك ثابتة للابن من كل وجه.

قلنا: حقيقة الملك [١٤٧/ب] للابن لا تنفي حق الملك للأب، وأنه يجوز الجمع بينهما؛ كالموطوءة بالشبهة وأم الولد، وكان المعنى فيه، وهو أن في الحالة التي يظهر الحق يجعل كأنه هو المنفرد وليس معه غيره، وفي الحالة التي تظهر الحقيقة يجعل كأنه هو المنفرد وليس معه غيره(١)، والله أعلم.



|١٨٦| مسألة:

طَوْلُ الحرة(٢) يمنع جواز نكاح الأمة عندنا(٣)، خلافًا لهم(٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الأمة ليست بمحللة نكاحًا على الإطلاق

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/١٧٧)، وبحر المذهب (٩/١٧٥).

(٢) طول الحرة: أي الغنى والقدرة على تزوج الحرة، قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم﴾ [سورة النساء: ٢٥] أي: إمائكم. ينظر: طلبة الطلبة (ص: ٤٩)، ولسان العرب (١١/٤١٠).

(٣) ينظر: الأم (٤/٢٨٥)، ومختصر المزني (٨/٢٧١)، والحاوي الكبير (٩/٢٣٣)، والمهذب (٢/٤٤٤)، والبيان (٩/٢٦٤).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٧)، والمبسوط (٥/١٠٨)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٧).




عندنا[1]، وعندهم محللة للإزواج مطلقًا[2].

❊ دليلنا: أن النكاح في حق الإماء إنما جوز باعتبار الحاجة، فيتعذر بقدر الحاجة كتناول الميتة[3].

وبيان أنه جوز باعتبار الحاجة للشرع والحقيقة والحكم:

أما الشرع: قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ الآية[4]، علق جواز نكاح الإماء بعدم الاستطاعة، والمعلق بعدم الاستطاعة دليل على أنه جوز ضرورة؛ كقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[5]، لما علق بعدم الاستطاعة دل على أنه جوز لأجل الحاجة، كذا ها هنا.

وأما الحقيقة: وهو أن الحر مكرم بكرامات الله تعالى، ويجب على أصحاب الكرامات حفظها، فلو قلنا: بأنه يجوز التزوج، يكون فيه تفويت كرامة الحرية على الولد، وكما لا يجوز تفويت كرامة الحرية على نفسه، لا يجوز على ولده؛ لأنه جزءه، ولأن الرق إهلاك، وكما يجب صون نفسه عن الإهلاك يجب صون ولده عن الإهلاك.

وفي نكاح الأمة تعريض ولده للرق، ونعني بالتعريض التسبيب إلى اتحاد الولد بوصف الرق؛ لأن النكاح في الأصل تسبيب إلى الولد، ونكاح

---

(١) ينظر: الأم (٤/٢٨٥)، والحاوي الكبير (٩/٢٣٥)، والمهذب (٢/٤٤٤).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٧)، والمبسوط (٥/١٠٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٧).
(٣) ينظر: الأم (٤/٢٨٥)، والحاوي الكبير (٩/٢٣٥)، والمهذب (٢/٤٤٤).
(٤) سورة النساء: آية ٢٥.
(٥) سورة المجادلة: آية ٤.

الأمة تسبيب إلى اتحاد الولد بوصف الرق، فإن الأم إذا كانت رقيقة حدث الدنو[١]، فهو باكتساب هذا المحل بوصف الرق معرض الولد للرق، فلا يجوز.

فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز أصلًا، ولأن الشرع جوز عنه خوف العنت[٢] والوقوع في الزنا لأجل الضرورة[٣]، وهو ضرورة صيانة نفسه عن الزنا؛ لأن في الزنا إهلاك الشخص في الدارين، وفي الرق إهلاك في الدنيا لا في الآخرة.

وأما الحكم: فلأنه لا يجوز التزوج بالأمة عند وجود الحرة، ولو جوز نكاحها أصلًا لا ضرورة وجب أن يجوز[٤].

◆ ودليلهم: أن الأمة محللة للإزواج أو على الأزواج، فيجوز نكاحها على الإطلاق كالحرة[٥].

وبيان أن الأمة محللة على الإطلاق الشرع والحقيقة والحكم:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٦]، عد الله تعالى

---

(١) الدنو: دنا يدنو دنوا. والدون: خلاف الجيد. والدون: الأصغر في بعض اللغات فلان دون فلان في السن. وقمت دون فلان، إذا وقيته بنفسك. ودونك هذا الشيء، إذا عرضك وأمكنك. والدون: الخسيس من الشيء. ينظر: جمهرة اللغة (٢/٦٨٦)، وتهذيب اللغة (١٤/١٣٢).

(٢) العنت: إدخال المشقة على إنسان. ينظر: العين (٢/٧٢)، وتهذيب اللغة (٢/١٦٢).

(٣) لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ [سورة النساء: ٢٥].

(٤) ينظر: الأم (٤/٢٨٥)، والحاوي الكبير (٩/٢٣٥)، والمهذب (٢/٤٤٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٤٧)، والمبسوط (٥/١٠٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٧).

(٦) سورة النساء: آية ٢٤.

المحرمات، واستثنى المحللات منهن، والأمة [١٤٨/أ] غير داخلة في آية المحرمات، فلا بد من دخولها في آية المحللات.

وأما الحقيقة: فلأن الحرة إنما صارت محللة باعتبار كونها أنثى من بنات آدم، والأمة مساوية للحرة في هذه المعنى، فتكون مساوية لها في المحلية؛ وإنما قلنا: أن الحرة إنما صارت محلًا لهذا المعنى؛ لأن النكاح إنما شرع للسكن والازدواج والتوالد(١)، وهذه المعاني إنما تحصل من المرأة باعتبار كونها أنثى، ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة.

وأما الحكم: فلأن الأمة محللة على الإطلاق في حق العبد، فكذا في حق الحر؛ وبالأولى؛ لأن الحل في حق الأحرار أوسع منه في حق العبيد(٢).

وخرج على هذا ما إذا كان تحته حرة؛ حيث لا يجوز له التزوج بالأمة(٣).

لأنا نقول: إنما لا يجوز؛ لأنه قد تمهد من أصلنا أن الحل في حق الإماء على النصف من الحل في حق الحرائر، ولا يمكن إظهار التنصيف في نفس الحل؛ لأنه لا يتجزأ، فأظهرنا في الأحوال والأحكام، فقلنا، يجوز نكاح الحرة في حالتين عند وجود الأمة وعند عدمها، وأما نكاح الأمة إنما يجوز في حالة واحدة، وهي عند عدم [الأمة](٤)(٥).

---

(١) كما في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١]، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَٰجًا وَذُرِّيَّةً﴾ [الرعد: ٣٨].

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٧/٤)، والمبسوط (١٠٩/٥)، وبدائع الصنائع (٢٦٧/٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٥٠/٤)، وتحفة الفقهاء (١٢٧/٢).

(٤) كتبت في هذا الموضع في المخطوط «الأمة» والصحيح قوله: «الحرة»، والله أعلم.

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٤٧/٤)، والمبسوط (١٠٩/٥)، وبدائع الصنائع (٢٦٧/٢).

الجواب:

قولهم: الأمة محللة على الإطلاق.

قلنا: لا نُسَلِّم، على ما بَيَّنَّا، أما الآية فإنما وردت في حق الحرائر؛ بدليل أن الله تعالى استأنف حكم الإماء وخصهن بالذكر.

قولهم: أن المحلية إنما تثبت لكونها أنثى من بنات آدم.

قلنا: أي شيء عنيتم به؟! إن عنيتم أن كونها مستدعية بنفسها فلا نُسَلِّم، وإن عنيتم أن هذه المعاني لا بد منها حتى ورد الشرع بإثبات المحلية فهذا مسلم، لكن المحلية تصرف بالشرع، والشرع علق المحلية في حق الإماء بشرطين على ما بَيَّنَّا.

أما جانب العبد

قلنا هناك: لم يوجد المانع؛ لأن المانع تعريض الولد يفرق، وهناك لم يوجد؛ لأن العبد رقيق بجميع أجزائه، فإذا صب الماء في الرحم، وعلق الولد رقيقًا مهد لاستدامة الرق لا ابتداء التعريض، وابتداء التعريض حرام لا الاستدامة؛ لأن أقصى ما في الباب أنه ينزل ولده منزلة نفسه، فإنزاله جزء نفسه منزلة نفسه لا يكون حرامًا، بخلاف مسألتنا[1]، والله أعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٣٦).

١٨٧| مسألة:

لا يجوز للمسلم نكاح الأمة الكتابية عندنا(١)، خلافًا لهم(٢).

ومدار المسألة تحقيقًا على المسألة الأولى(٣).

❊ دليلنا: أن الأصل أن نكاح الإماء لا يجوز على ما حققنا في المسألة الأولى(٤).

وإنما [١٤٨/ب] يجوز بالنص أو باعتبار الحاجة:

إن كان بالنص فالنص إنما ورد في المؤمنة دون الكافرة(٥).

وإن كان باعتبار الحاجة فالحاجة تندفع بالمؤمنة، فلا يجوز المصير إلى الكافرة؛ لأن جواز نكاح المؤمنة لا يدل على نكاح الكافرة؛ [لأن](٦)، المسلمة طاهرة طيبة، والكافرة خبيثة، ومتى أمكن دفع الحاجة بالطاهرة،

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٤٣)، ونهاية المطلب (١٢/٢٥٧)، والوسيط (٥/١١٨)، وبحر المذهب (٩/٢٢٩).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٤٥١)، والمبسوط (٥/١١٠).

(٣) ومدار المسألة التي قبلها هي: أن الأمة ليست بمحللة نكاحًا على الإطلاق عندنا، وعندهم محللة للإزواج مطلقًا. ينظر: (ص: ١٨٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٤٣)، وبحر المذهب (٩/٢٢٩).

(٥) قال الماوردي: قال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] فجعل نكاح الأمة مشروطا بالإيمان فلم يستبح مع عدمه. الحاوي الكبير (٩/٢٤٣).

(٦) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «لا»؛ لكن الصحيح ما أثبته في المتن، لا ستقامة سياق المعنى والله أعلم.

لا يجوز المصير إلى الخبيثة.

كما قلنا في المضطر في المخمصة(١)(٢)؛ لأن المضطر إذا قدر على تناول مال الغير لا يجوز له المصير إلى الميتة، كذلك ها هنا(٣).

وخرج على هذا الحرة الكتابية حيث يجوز التزوج بها مع القدرة على المسلمة؛ لأن نكاح الحرة ما جوز ضرورة، بل جوز أصلًا(٤) فهما يستويان، إلا أن نكاح الكافرة دون نكاح المؤمنة، فلا جرم قلنا بأنه مكروه(٥).

❖ ودليلهم: أن الأمة محللة على الإطلاق، فيجوز التزوج بها كالأمة المسلمة(٦).

وبيان أنها محللة على الإطلاق ما بَيَّنَّا في المسألة السابقة(٧)، وإذا ثبت أنها محللة على الإطلاق فلا يفترق الحال بين أن تكون كافرة أو مسلمة كالحرة سواء، فإنها لما كانت محللة على الإطلاق فلا يفترق الحال، كذا ها هنا(٨).

---

(١) المخمصة: من الخمص، وهي: خماصة البطن، وهو دقة خلقته، والمخمصة: خلاء البطن من الطعام. ينظر: العين (١٩١/٤)، جمهرة اللغة (٦٠٥/١).

(٢) هذه المسألة في الجزء الأول من المخطوط وقد حققه الدكتور: حسن بن عون العرياني.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٤٣/٩)، وبحر المذهب (٢٢٩/٩).

(٤) لقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ﴾ [المائدة: ٥].

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٤٣/٩)، وبحر المذهب (٢٢٩/٩).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٥١/٤)، والمبسوط (١١١/٥).

(٧) وهي مسألة نكاح الأمة الكافرة. ينظر: (ص: ١٨٠).

(٨) ينظر: المراجع السابقة.

والجواب عن جميع ذلك قد تقدم في المسألة الأولى، فلا حاجة إلى إعادته، والله أعلم.



١٨٨ | مسألة:

الكافر إذا كان تحته عشرة نسوة فأسلم وأسلمن معه فإنه يختار منهن أربعًا، وفارق سائرهن، سواء تزوج بهن دفعة واحدة معًا معًا أو على التعاقب، وكذلك إذا كان تحته أختان عندنا(١)، وعندهم إن تزوج بهن دفعة واحدة بطل نكاحهن، وإن تزوج بهن على التعاقب صح نكاح الأربع الأول، بل وبطل نكاح الأواخر(٢).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المحرم هو الجمع فحسب عندنا(٣)، وعندهم إن تزوج بهن دفعة واحدة بطل نكاحهن، وإن تزوج بهن على التعاقب صح نكاح الأربع الأوائل، وهو يزول بالتفريق، وعندهم المحرم هو الجمع وأصل النكاح(٤).

❊ دليلنا: أن أنكحة الكفار وقعت صحيحة، والمحرم إنما هو البقاء

(١) ينظر: الأم (٥/٥٣)، ومختصر المزني (٨/٢٧٢)، والحاوي الكبير (٩/٢٥٥)، والتنبية (ص: ١٦٤)، والبيان (٩/٣٣٥).

(٢) ينظر: الأصل (١٠/٢٢٣)، والحجة (٣/٣٩٧)، والسير الصغير (ص: ١٨٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٥٢)، والمبسوط (٥/٥٣).

(٣) ينظر: الأم (٥/٥٣)، والحاوي الكبير (٩/٢٥٨)، ونهاية المطلب (١٢/٢٨٥)، وبحر المذهب (٩/٢٥١).

(٤) ينظر: الحجة (٣/٣٩٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٥٢)، والمبسوط (٥/٥٤).

على الجمع ، وذاك زال بالتفريق ؛ لأن التفريق ضد الجمع ، فإذا جاء التفريق زال الجمع[١].

فقلنا: بأنه يصار إلى التفريق والتعيين ، ولا يبطل نكاح الكل ، كما إذا طلق إحدى امرأتيه لا بعينها ، فإنه يصار إلى البعض وإن كان الجمع حرامًا بين المطلقة وغيرها[٢] ، ولكن ذاك زال بالتفريق والتعيين ، فيصار إليه كذلك ها هنا.

وبيان أن الأنكحة وقعت صحيحة ، الشرع والحقيقة [١٤٩/أ] والحكم:

أما الشرع فقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾[٣] ، أضاف المرأة إليه ، وقال النبي ﷺ: «ولدت من نكاح»[٤].

وأما الحكم: فإنه لو طلق إحدى الخمس ، أو إحدى الأختين قبل الإسلام ، ثم أسلم وأسلمن يبقيان على النكاح ، وإنما يجوز البقاء على

---

(١) ينظر: الأم (٥/٥٣) ، والحاوي الكبير (٩/٢٥٨) ، ونهاية المطلب (١٢/٢٨٥) ، وبحر المذهب (٩/٢٥١).

(٢) قال المزني: «وهذا عندي دليل على أنه إذا قال لامرأتين له إحداكما طالق فكان له الخيار ، فإن وطئ إحداهما أشبه أن يكون قد اختارها». مختصر المزني (٨/١٧٣).

(٣) سورة المسد: آية ٤.

(٤) رواه الطبراني في معجمه الكبير ، باب: أبو الحويرث عن ابن عباس ، (٥/٨٠) ، برقم: ٤٧٢٨ ، بلفظ «خرجت من نكاح ، ولم أخرج من سفاح ، من لدن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي» ، وأخرجه البيهقي في سننه ، كتاب: جماع أبواب نكاح المشرك ، باب: باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم ، (٧/٣٠٨) ، برقم: ١٤٠٧٧ ، بنفس اللفظ وقال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن محمد بن جعفر بن محمد إلا محمد بن أبي عمر» وقال الألباني: «صحيح على شرط الشيخين». ينظر: إرواء الغليل (٦/٣١١).




النكاح الصحيح لا على الفاسد(١).

وأما الحقيقة: هي أنَّا لو لم نصحح أنكحتهم يؤدي ذلك إلى الطعن في أنساب الأنبياء والأولياء، وهذا لا يجوز إذا ثبت أن الأنكحة صحيحة، والحرمة تنصرف إلى نفس الجمع فيكون المحرم في مسألتنا البقاء على الجمع، فوجب الاحتيال لإزالة ذلك الجمع، وقد حصل ذلك بتحريم واحدة، فيصار إلى تحريم واحدة، ولا تتسع الحرمة في الكل؛ لأن القياس أن لا تثبت الحرمة أصلًا؛ لما بينا أن الأنكحة وقعت على الصحة، إلا أن الجمع حرام، فحكم الإسلام والموجود دوام الجمع، فوجب إزالته، وقد حصل بتحريم واحدة، فحرمنا واحدة واحدة لا على سبيل التعيين، وفرضنا إلى الزوج التعيين، فصار كما إذا طلق امرأتيه لا بعينها(٢).

❁ ودليلهم: أن المحرم هو الجمع، وهو جامع بعد الإسلام، فوجب أن يبطل نكاح الكل كما إذا جمع بينهن بعد الإسلام ابتداء(٣).

وبيان أن الحرمة هو الجمع قول الله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورٗا رَّحِيمٗا﴾(٤).

وكذلك الإجماع منعقد على أن الجمع بين الخمس حرام(٥).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٥٨)، وبحر المذهب (٩/٢٥١).

(٢) ينظر: الأم (٥/٥٣)، والحاوي الكبير (٩/٢٥٧)، ونهاية المطلب (١٢/٢٨٥)، وبحر المذهب (٩/٢٥١).

(٣) ينظر: الحجة (٣/٣٩٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٥٢)، والمبسوط (٥/٥٤).

(٤) سورة النساء: آية ٢٣.

(٥) ينظر: مراتب الإجماع (ص: ٦٣).

وإنما قلنا: جامع بعد الإسلام؛ لأن الجمع اسم لفعل محسوس يقبل التأقيت؛ لأنه يصح أن يقال: جمعه أسبوعا، والأصل أن كل فعل محسوس يقبل التأقيت يعطي الدوام حكم الابتداء كالركوب واللبس، فإن هذه الأفعال لما كانت محسوسة قابلة للتأقيت فتعطي الدوام حكم الابتداء، حتى لو قال: والله لا أركب هذه الدابة وهو راكبها، أو: لا ألبس هذا الثوب وهو لابسه؛ يحنث في يمينه، كذلك ها هنا، يعطي إدام الجمع حكم الابتداء، ثم حكم الابتداء للجمع إنما هو بطلان الكل، كذلك ها هنا، وكان الفقه فيه، وهو أن المحرم هو الجمع، والجمع إنما يحصل بالكل وحظ كل واحدة من الجمع كحظ صواحبها، فتشيع الحرمة في الكل.

فإبطال البعض ليس بأولى من البعض، بخلاف ما إذا وقعت الأنكحة على التعاقب؛ لأن الجمع وإن حصل بالكل لكن اسم الجمع حصل عقيب الأواخر، فيحال بالحكم عليه؛ كما إذا تزوج بامرأة ثم تزوج بأختها، بطل نكاح الثانية دون الأولى، وإن كان الجمع حصل بالكل، ولكن لما حصل عقيب الثاني يضاف إليه، كذلك ها هنا(١).

الجواب:

قولهم: المحرم هو الجمع، وهو جامع بعد الإسلام.

قلنا: أولا: لا نُسَلِّم، فإنه جامع؛ [١٤٩/ب] لأن الموجود بعد الإسلام دوام الجمع، ودوام الجمع لا يكون جمعًا؛ كما قال أبو حنيفة - رحمه الله - في

---

(١) ينظر: الحجة (٣/٣٩٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٥٢)، والمبسوط (٥/٥٤).



الوطء أن دوام الوطء لا يكون وطأً، بل الوطء هو الإباحة[1] [الولى][2]، وهو فعل محسوس قابل للتأقيت، ولئن سلمنا أنه جامع لكنه جامع بقاء الابتداء، وبقاء الجمع غير والابتداء غير.

قولهم: يعطى للبقاء حكم الابتداء.

قلنا: لم قلتم ذلك؟! وإن الشرع فرق بين البقاء والابتداء، وكان هذا الفقه ظاهر، وهو أن في الابتداء مأمور بالانتهاء عن الجمع، فإذا أقدم على الجمع فقد ارتكب المنهي عنه، فوجب فساد النكاح، لا قضية النهي، فساد المنهي عنه بخلاف الدوام، فإن الدوام مأمور بالقطع لا بالانتهاء، وإذا كان مأمورًا بالقطع فإلى أن يقطع يبقى النكاح صحيحًا، والقطع قد سبق بالتفريق[3]، والله أعلم.



١٨٩| مسألة:

إذا ارتد أحد الزوجين أو أسلم؛ إن كان قبل الدخول [ىىحرف][4]

---

(١) لم أجد فيما بحثت فيه من كتب الحنفية من أشار أن هذا الكلام أنه من كلام أبي حنيفة، والله أعلم.

(٢) هكذا كتبت في الأصل.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٥٨)، وبحر المذهب (٩/٢٥٢).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط وردت هذه اللفظة «ىىحرف» غير منقوطة، لكنها على نفس هذا الرسم، كما هي مثبتة في المتن، لكن مع استقراء السياق، والرجوع إلى كتب الشافعية، وجدت أنه من الأنسب رسمها هكذا: «تتنجز» كما في قول الشيرازي: «إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين، أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني فإن كان ذلك قبل الدخول تعجلت الفرقة». فوجدت المعنى الأقرب له هو التنجيز، خاصة أن الناسخ=




الفرقة، وإن كان بعد الدخول تتوقف الفرقة على مضي ثلاثة أقراء، [وإن فاء لا][1] عندنا[2]، وعندهم تتنجز الفرقة في الحالتين جميعًا إذا ارتد، أما إذا أسلم لا تتنجز بل تتوقف على عوض الإسلام على المتخلف إن أسلم يبقيان على النكاح، وإلا فالقاضي يفرق بينهما، أما إذا كانا في دار الحرب يتوقف على مضي ثلاثة أقراء؛ إن دخل المتخلف في الإسلام قبل المضي يبقيان على النكاح، وإلا فتوجب الفرقة بينهما[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الردة ليست بمنافية النكاح عندنا[4]، وعندهم منافية له[5].

❊ دليلنا: أنه تحقق سبب الفرقة في نكاح تأكد بالدخول، فوجب أن تتنجز الفرقة في الحال؛ دليله: الطلاق الرجعي[6].

وإنما قلنا: تحقق سبب الفرقة؛ لأن الردة سبب الفرقة، بدليل الحقيقة

= أورد اللفظة فيما بعد بدون الفاء هكذا: «تتنجز» وهذا ما سأستمر عليه، بإذن بالله، والله أعلم. التنبية (ص: ١٦٤).

(١) وردت في هذا الموضع في المخطوط عبارة وهي: «وإن فاء لا» والصحيح أنها زائدة؛ لأن المعنى يستقيم بدونها، والله أعلم.

(٢) ينظر: الأم (٥/٥٢)، ومختصر المزني (٨/٢٧٤)، والحاوي الكبير (٩/٢٩٥)، والتنبية (ص: ١٦٤)، وبحر المذهب (٩/٢٩٠).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٣٠٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٦/١١٧)، ومختصر القدوري (ص: ١٥٠)، والمبسوط (٥/٤٩)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٩٥)، وبحر المذهب (٩/٢٩١)، والبيان (٩/٣٥٦).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١١٧)، والمبسوط (٥/٤٩)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٦).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٩٥)، وبحر المذهب (٩/٢٩١)، والبيان (٩/٣٥٦).

والحكم:

أما الحقيقة: فلأن النكاح إنما شرع للسكن والازدواج والألفة، وذلك إنما يتحقق عند تماثل الأخلاق وبردّة أحدهما صار خبيثًا والمسلم طاهر، فلا تتحقق الألفة بين الخبيث والطاهر؛ ولأن المسلم مكرم بكرامات الإسلام، والكافر مهان، والشرع لا يرضى بعقد الوصلة بين المهان والمكرم.

وأما الحكم: فلأن الردة مانعة من ابتداء النكاح[1].

وقولنا: في نكاح تأكد بالدخول؛ لأن الدخول بمنزلة القبض في سائر العقود، وزمان التدارك موجود، وهو ثلاثة أقراء؛ لأن الشرع جعلها زمان [١٥٠/أ] التدارك؛ بدليل: الطلاق الرجعي[2]، فإذا ثبت هذه القاعدة فقلنا: لا تتنجز الفرقة؛ لأن العود إلى الإسلام متوقع في كل ساعة، وإذا عاد زال الخلل وانسد التهمة فوجب أن تتوقف، كما فيما إذا طلقها بعد الدخول، لا تتنجز الفرقة لهذا المعنى، كذلك ها هنا، وكان الفقه فيه وهو أن النكاح عقد شريف، فاللائق بشرفه أن لا تتنجز الفرقة في الحال ولهذا المعنى الشرع عدد الطلاق، مع أن القياس أن لا يتعدد؛ لأنه إسقاط، وإنما عدد إظهارًا لشرفه حتى يملك التدارك[3].

❁ودليلهم: إنه تحقق المنافي؛ لأنه وحده الردة[4].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٤٨)، والتهذيب (٥/٤١٤).

(٢) ينظر: التهذيب (٥/٤١٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٩٥)، وبحر المذهب (٩/٢٥٥)، والبيان (٩/٣٥٦).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١١٧)، والمبسوط (٥/٤٩)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٦).




وهي منافية النكاح بدليل الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فلأنها مانعة من ابتداء النكاح، وإذا منعت ابتداء النكاح كانت منافية للدوام[1].

وأما الحقيقة: وهو أن النكاح عقد عصمة ووصلة، والردة قاطعة الموصلة، ومبطلة العصمة، ولهذا يقطع عصمته ويلحقه بالبهائم والجمادات؛ ولأن الردة توجب حرمة الاستمتاع، لا إلى غاية، والنكاح إنما شرع للاستمتاع، وما يوجب حرمة الاستمتاع يكون منافيًا كالمحرمية والرضاع؛ ولأن المرتد حكمه حكم الهالك، لأنه يستحق الهلاك والقتل، فيعطى له حكم الهلاك، والهلاك منافي النكاح، وخرج على هذا ما إذا ارتدا معًا حيث يبقيان على النكاح؛ لأنَّا إنما قلنا ذلك استحساناً لإجماع الصحابة؛ لأن العرب ارتدت في زمن أبي بكر رضي الله عنه، رجالهم ونساؤهم، وقاتلهم أبو بكر حتى عادوا إلى الإسلام، ولم يتعرض لأنكحتهم[2]، والصحابة أيضًا لم يتعرضوا، وهذا لأن لاتفاق الدين تأثير في إبقاء النكاح، وفي صحة النكاح ابتداءً، فلهذا يبقيان.

وأما إذا أسلم لا تتنجز الفرقة؛ لأن الإسلام ليس بمنافٍ للنكاح[3]، لأن النكاح إما أن يكون حقًا شرعيًا، أو عقد عصمة ووصلة، وأيهما كان فالإسلام مقرر له لا أنه منافٍ له فافترقا[4].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٤٨)، والتهذيب (٥/٤١٤).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٤٩).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/٥٠).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١١٧)، والمبسوط (٥/٤٩)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٦).

الجواب:

قولهم: الردة منافية للنكاح.

قلنا: لا نُسَلِّم، كيف وأن الشيء لا يبقى مع المنافي له؟! ويتصور بقاء النكاح مع الردة عندكم إذا ارتدا معًا(١)، وعندنا إذا ارتد أحدهما(٢).

قولهم: مانعة من ابتداء النكاح.

قلنا: بلى، ولكن ليس كل ما هو مانع من الابتداء يكون منافيًا، ألا ترى أن إسلام أحد الزوجين مانع من ابتداء النكاح؟! فإنه ليس للكافر أن يتزوج بالمسلمة، ومع ذلك ليس بمنافٍ له.

قولهم: أنه عقد عصمة.

قلنا: بلى، لكن الردة لا تؤثر في مورد النكاح؛ لأن مورد النكاح منفعة البضع [١٥٠/ب]، والردة لا تؤثر فيها؛ ألا ترى أن المرأة إذا ارتدت لا يباح بضعها إلا بملك اليمين أو بملك النكاح؟ وإذا لم يؤثر في مورد النكاح، فلا يبطل عصمة النكاح ووصلة النكاح، فلا يكون منافيًا له.

قولهم: بأن الردة محرمة الاستمتاع.

قلنا: كونها محرمة الاستمتاع لا تدل على كونها منافية؛ دليله: الإسلام، فإنه إذا أسلم أحد الزوجين حرم الاستمتاع، لا إلى غاية، ومع ذلك لا يكون منافيًا.

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٩/٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٩٥/٩)، وبحر المذهب (٢٩٠/٩).

قولهم: بأن المرتد هالك.

قلنا: هذا هلاك حكمًا، أما هو حيّ حقيقة، والنكاح ينبني على حياة حقيقة وأنها موجودة[١]، والله أعلم.



١٩٠| مسألة:

إذا سبي[٢] الزوجان معا ينفسخ النكاح بينهما عندنا[٣]، وعندهم لا ينفسخ[٤]، أما إذا سبي أحدهما ينفسخ بالاتفاق[٥].

غير أن الخلاف بيننا وبينهم في علة الفسخ وسببه؛ عندنا هي السبي[٦]، وعندهم تباين الدار[٧].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن السبي ورد على محل النكاح عندنا[٨]،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٩٦)، وبحر المذهب (٩/٢٩١).

(٢) سبي: السين والباء والياء أصل واحد يدل على أخذ شيء من بلد إلى بلد آخر كرها. ينظر: تهذيب اللغة (١٣/٦٧)، ومقاييس اللغة (٣/١٣٠).

(٣) ينظر: الأم (٥/١٦٢)، والمهذب (٣/٢٨٨).

(٤) ينظر: الأصل (٧/٤٤٦)، والسير الصغير (ص: ١٢١)، وشرح مختصر الطحاوي (٧/١٤٠)، والمبسوط (٥/٥٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٩).

(٥) ينظر: الأصل (٧/٤٤٦)، والسير الصغير (ص: ١٢١)، والمبسوط (٥/٥٢)، والأم (٥/١٦٢)، والمهذب (٣/٢٨٨).

(٦) ينظر: الأم (٥/١٦٢)، والحاوي الكبير (٩/٢٥٨)، والمهذب (٣/٢٨٨)، والبيان (١٢/١٧٤).

(٧) ينظر: الأصل (٧/٤٤٦)، والسير الصغير (ص: ١٢١)، وشرح مختصر الطحاوي (٧/١٤٠)، والمبسوط (٥/٥٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٩).

(٨) ينظر: الأم (٥/١٦٢)، الحاوي الكبير (٩/٢٦٠)، والمهذب (٣/٢٨٨).

وعندهم ما ورد على محل النكاح[1].

❊ دليلنا: أن السبي سبب لملك البضع، فوجب أن يبطل حق الزوج[2].

والدليل على أنه سبب له، الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: هي أن الاستيلاء سبب لثبوت الملك إذا صادف محلًا قابلًا للملك، والبضع قابل للملك، فإذا صادفه يفيد الملك فيه.

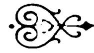
وأما الحكم: هو أن المسبية إذا كانت فارغة تملك السابي بضعها كما يملك رقبتها، فدل أن السبي سبب، فإذا وجد السبي وجب أن يملك، إلا إذا وجد مانع، وحق الحربي لا يصلح أن يكون مانعًا.

أو نقول: السبي ورد على محل النكاح، فوجب أن يبطل النكاح؛ وبيان ذلك أن محل النكاح الذات، والسبي ورد عليها، والدليل على أن محل النكاح الذات؛ لأن المنكوحة هي الذات، ولأن النكاح مضاف إلى الذات، ولأن ثمرات النكاح والكل يحصل من الذات، وإذا ثبت هذا، صح أن السبي ورد على النكاح فيبطله؛ لأن السبي من أقوى الأسباب، لأنه حسي نافذ بالشرع، فيفيد أقوى الاستحقاق، وأقوى الاستحقاق أن يبطل كل حق ويفيد السابي حتى يكون أقوى الاستحقاق، قلنا: بأنه يبطل النكاح لهذا المعنى[3].

❊ ودليلهم: السبي ما ورد على محل النكاح، فلا يبطل النكاح كالشري[4].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٥٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٩).
(٢) ينظر: الأم (٥/١٦٢)، والمهذب (٣/٢٨٨)، والبيان (١٢/١٧٤).
(٣) ينظر: المراجع السابقة.
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٦٠).




وبيان أنه ما ورد على محل النكاح ؛ لأن محل العقد منفعة البضع ، لأن محل العقد ما تستحق بالعقد ، والمنفعة هي المستحقة بالعقد ؛ لأن المستحق بالعقد [١٥١/أ] ما هو المستوفى بحكمه ، والمستوفى بحكم العقد هو المنفعة ، فدل أن محل العقد والمعقود عليه هو المنفعة .

والسبي ما ورد على المنفعة ؛ لأن السبي فعل محسوس يستدعي محلًا محسوسًا ، والمنفعة معدومة في الحال ، وإذا وجدت انعدمت وتلاشت ، فدل أن السبي ما ورد على المنفعة ، وإنما ورد على الذات لأنها محل محسوس ، إذا ثبت أن السبي ما ورد على محل النكاح فلا يبطل النكاح ، غير أن السبي إذا ورد على الذات وأفاد الملك في الذات أفاد في المنفعة تبعًا لا مقصورًا[١] .

وبيان أنه أفاد الملك في المتعة تبعًا الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: هي أن السبب الأصلي لملك الأموال إنما هو القهر والاستيلاء ، ولهذا يملك به المباحات ، والأموال لا تقبل ملك المتعة فالاستيلاء ليس بسبب أصلي لملك المتعة ؛ ولأن المتعة إنما يتصور في المرأة ، والمرأة في الأصل خلقت قاهرة مالكة متصرفة ، فما ينبغي أن يكون الاستيلاء سببًا لثبوت الملك فيها ، فدل أن الاستيلاء لا يفيد ملك المتعة أصلًا .

وأما الحكم: لأنه لوثبت ملك المتعة بالسبي ثبت بدون الشرائط كالولي والشهود وغير ذلك ، ولو ثبت أصلًا لكان ينبغي أن يعتبر فيه الشرائط ، إذا ثبت أن ملك المتعة بالسبي لو ثبت إنما ثبت تبعا على معنى أنه ورد على الذات ، وأفاد الملك في الذات ، ثم أفاد في المتعة تبعًا لكن هذا إنما يكون

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٦٠).

إذا وجد فارغًا، أما إذا كان مشغولًا فلا، وها هنا مشغولًا بحق الزوج فهو كالشري سواء[1].

الجواب:

قولهم: بأن السبي ما ورد على محل النكاح.

قلنا: لا نُسَلِّم على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن المحل هو المتعة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو الذات على ما حققنا.

قولهم: بأن المستحق هو المتعة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل المستحق هو الذات، إلا أنه استحقاق نكاح على معنى أنه نظير الاستحقاق في أحكام النكاح، وكذا نقول في الإجارة.

ثم نقول: مسلم بأن المنفعة مستحقة؛ لكن هذا لا يدل على أن الذات ليست محلًا للعقد؛ وبيان ذلك وهو أن الاعتبار بقيام الدليل في أحكام الشرع[2]، وقد قام الدليل على أن المنفعة مستحقة؛ لأن المرأة حرة، والحرية تبع الاستحقاق، وقام الدليل على أن الذات محل العقد لما بَيَّنَّا، وكان الفقه فيه ظاهرًا، وهو أن المقصود من النكاح شيئان، قضاء الشهوة والسكن، فاعتبار [١٥١/ب] قضاء الشهوة قلنا: بأن المنفعة مستحقة، وباعتبار السكن قلنا: بأن

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: الموافقات (١/٢٦١).




المعقود عليه هو الذات عملًا بكلا الدليلين.

قولهم: بأن السبي سبب للملك تبعًا.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل سبب أصلًا.

وقولهم: بأن الاستيلاء سبب أصلي لملك المال، والمال لا يحتمل ملك المتعة.

قلنا: كلامنا في مال يقبل المتعة وهي الجارية، فوجب أن يفيد أصلًا.

قولهم: لا تعتبر الشرائط.

قلنا: لأن ذلك شرائط، وهذا سبب حسي صحته بوجوده، فلا حاجة إلى الشرائط[١]، والله أعلم.



١٩١ | مسألة:

تباين الدارين لا يوجب التفرقة بين الزوجين عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

وصورته: الحربي إذا دخل دار الإسلام وقبل عقد الذمة يبقى نكاحه، وإن كانت المرأة في دار الحرب.

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن أهل الحرب أحياء عندنا[٤]، وعندهم أموات[٥].

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٥٢)، وبدائع الصنائع (٢/٢٦٩).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٥٨)، وبحر المذهب (٩/٢٥٢)، والبيان (٩/٣٣١).
(٣) ينظر: المبسوط (٥/٥١)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٨).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٦٢)، وبحر المذهب (٩/٢٥٤)، والبيان (٩/٣٣١).
(٥) ينظر: المبسوط (٥/٥١)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٨).




❊ دليلنا: أن تباين الدار لا تأثير له، فلا يبطل النكاح[1].

وبيان عدم تأثيره أنه لا معنى له إلا تباعد الذات واختلاف المكان، وهذا لا تأثير له؛ ولأن تباين الدار واختلافهما لا يزيد على اختلاف الدين، ثم اختلاف الدين لا تأثير له، كذا اختلاف الدار، حتى أنه إذا أسلم أحد الزوجين إن كان في دار الحرب يتوقف على القضاء ثلاثة أقراء، وإن كان في دار الإسلام يتوقف على عرض الإسلام على الثاني[2]، فدل أنه لا يوجبه في الحال، كذلك اختلاف الدار[3].

❊ دليلهم: أن أهل الحرب أموات، وأهل دار الإسلام أحياء، ولا يتصور بقاء النكاح بين الحي والميت فلا يبقى[4].

وبيان ذلك الشرع والحقيقة والحكم:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾[5]، أي كافرًا فهديناه[6].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٦٢)، وبحر المذهب (٩/٢٥٤)، والبيان (٩/٣٣١).

(٢) قال الماوردي: «إن كانا في دار الحرب فأسلم أحدهما فالنكاح موقوف على انقضاء العدة سواء كانت قبل الدخول أو بعده، وإن كانا في دار الإسلام فأسلم أحدهما كان النكاح موقوفا على الأبد قبل الدخول وبعده إلا أن يعرض الإسلام على المتأخر في الشرك فيمتنع، فيوقع الحاكم الفرقة بطلقة. الحاوي الكبير (٩/٢٥٩).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٦٢)، وبحر المذهب (٩/٢٥٤)، والبيان (٩/٣٣١).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٥١)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٨).

(٥) سورة الأنعام: آية ١٢٢.

(٦) ينظر: تفسير مجاهد (ص: ٣٢٧)، تفسير مقاتل بن سليمان (١/٥٨٧).




وأما الحقيقة: وهو أن الله تعالى خلق الآدمي لتحمل أمانة الله تعالى(١)، والكافر رد أمانة الله تعالى، وتقاصر الخطاب في حقه؛ لأن الخطاب بالإلزام والالتزام، ولم يوجد ذلك في حقه، فصار عدمًا في حق المقصود الأصلي من خلق الآدمي.

وأما الحكم: فلأن الحربي إذا دخل الإسلام وعقد عقد الذمة لا يرث من الحربي(٢)، فدل أنه في حكم الأموات، وكذلك المرأة إذا دخلت دار الإسلام مراغمة(٣) للزوج بطل النكاح(٤)، وكذا العبد لهذا المعنى(٥)، فإذا ثبت أنه ميت لا يبقى النكاح(٦).

الجواب:

قولهم: بأنهم أموات.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل أحياء، أما الآية؛ إنما سماه ميتًا مجازًا [١٥٢/أ] على معنى أنهم لا ينتفعون بحياتهم في تحصيل الثواب؛ كقوله تعالى: ﴿صُمٌّ بُكْمٌ

---

(١) قال تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾ [الأحزاب: ٧٢] قال أبو الأشهب عن الحسن: قال: هما اللذان ظلماها، هما اللذان خاناها: المنافق والمشرك. ينظر: تفسير يحيى بن سلام (٣٨٠/١).

(٢) ينظر: المبسوط (٣٣/٣٠)، والحاوي الكبير (٨٠/٨).

(٣) الرغام: يقال فعله على رغمه، وعلى الرغم منه، وعلى رغم أنفه على كره منه. ينظر: تاج العروس (٢٦٨/٣٢)، والمعجم الوسيط (٣٥٨/١)،

(٤) ينظر: السير الصغير (ص: ١٨٧)، ومختصر المزني (٣٨٧/٨).

(٥) قال محمد بن الحسن: «العبد لو قتل مولاه وأخذ ماله، ثم خرج به الينا الى دار الإسلام، كان كل شيء أخذ من ذلك من مال أو رقيق له كان له، وكان حرا لا سبيل له عليه». السير الصغير (ص: ١٦٨).

(٦) ينظر: المبسوط (٥١/٥)، وبدائع الصنائع (٣٣٨/٢).

﴿عُمۡيٞ فَهُمۡ لَا يَعۡقِلُونَ﴾[1].

قولهم: بأن الخطاب قاصر.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل كامل على ما بَيَّنَّا في مسائل، ثم ولئن سلمنا بأنهم في حكم الأموات لكن هذا شيء تقديري، والحياة الحقيقية قائمة بها، النكاح يستدعي الحقيقة؛ لأن المقصود منه السكن والازدواج، وذلك يتعلق بالحياة الحقيقية، ولهذا إذا تزوج الحربي بحربية يجوز النكاح[2]، وهما ميتان، ولا يتصور النكاح بين الميتين، لكن قبل الحياة الحقيقية قد وجد فصح النكاح، كذلك ها هنا.

أما المرأة إذا خرجت إلى دار الإسلام إنما يبطل؛ لأنها استولت على محل النكاح، والاستيلاء على محل النكاح يوجب بطلان النكاح على ما بَيَّنَّا[3]، والله أعلم.



|١٩٢| مسألة:

نكاح الشغار[4] باطل عندنا[5]، وصحيح عندهم[6].

---

(١) سورة البقرة: آية ١٧١.

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٩٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٢٦٢)، وبحر المذهب (٩/٢٥٤).

(٤) الشغار: مأخوذ من شغر، أي: شغر الكلب: رفع إحدى رجليه ليبول، وبلدة شاغرة برجليها إذا لم تمتنع من الغارة. ينظر: العين (٤/٣٥٨)، ومقاييس اللغة (٣/١٩٦).

(٥) ينظر: الأم (٥/٨٣)، واللباب (ص: ٣٠٣)، والحاوي الكبير (٩/٣٢٤)، والتنبية (ص: ١٦١)، والمهذب (٢/٤٤٦).

(٦) ينظر: الأصل (١٠/٢٥٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦١)، والمبسوط (٥/١٠٥)،=




وصورتها معلومة(١).

ومدارها: على أن هذا الشرط يوجب خللًا في الإيجاب عندنا(٢)، وعندهم يوجب خللًا في المهر(٣).

❊ دليلنا: أنه إيجاب قاصر، فلا يصح النكاح به؛ دليله: إذا زوجت نفسها من رجلين(٤).

وبيان أنه قاصر أنه أوجب البضع للزوج نكاحًا وللزوجة صداقًا، والشيء الواحد إذا أوجب لشخصين لا يقم الإيجاب لكل واحد منهما، فدل أنه قاصر؛ كما إذا باع من إنسان ثم باع من آخر، لا يصح؛ لأن الإيجاب لما تم للأول لا يتم للثاني(٥)، وإذا ثبت أنه قاصر لا يصح؛ لأن النكاح تام، فإذا قصر لا يصح كما إذا زوجت نفسها من رجلين(٦)، [أما إذا زوجت نفسها من

= وبدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(١) نكاح الشغار: هو أن يزوج الرجل أخته من رجل، على أن يزوجه أخته ونحو ذلك، ولا مهر بينهما. ينظر: العين (٤/٣٥٨)، ومقاييس اللغة (٣/١٩٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٢٥)، والمهذب (٢/٤٤٦)، وبحر المذهب (٩/٣١٩)، والوسيط (٥/٤٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦١)، والمبسوط (٥/١٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٢٥)، والمهذب (٢/٤٤٦)، وبحر المذهب (٩/٣١٩)، والوسيط (٥/٤٩).

(٥) قال الماوردي: ولأن جعل المعقود عليه معقودا به فوجب أن يكون باطلا كما لو زوج بنته بعبد على أن تكون رقبته صداقها، ولأن العين الواحدة إذا جعلت عوضا ومعوضا، فإذا بطل أن تكون عوضا بطل أن تكون معوضا كالثمن والمثمن في البيع، وهو أن يقول قد بعتك عبدي بألف على أن يكون ثمنا لبيع دارك علي. الحاوي الكبير (٩/٣٢٥).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٢٥)، والمهذب (٢/٤٤٦)، والوسيط (٥/٤٩).

أجنبي ومحرم فلم لا يصح؟][1].

❁ ودليلهم: نكاح تام بشرط فاسد، فوجب أن يصح النكاح، ويلغو الشرط[2].

وإنما قلنا: نكاح تام؛ لأن تمام النكاح بوجود الإيجاب والقبول، وقد وجدا من الأهل في المحل، غير أن بعد تمام العقد هذا الشخص أدخل فيه شرطًا فاسدًا، فوجب أن يلغو الشرط ويصح العقد؛ لأن الشرط الفاسد ليس له تأثير في فساد العقد؛ لأن الصحة تنبني على الأهلية والمحلية والإيجاب والقبول؛ بل تأثير الشرط الفاسد في الرفع بعد الانعقاد كما قال أصحابنا في البيع الفاسد، والنكاح لا يقبل الرفع بعد الانعقاد؛ قلنا: بأنه يلغو الشرط[3].

وخرج على هذا العبد إذا تزوج بامرأة وجعل رقبة نفسه صداقًا، حيث لا يجوز، لأن هناك لا يفسد العقد لنفس الشرط، بل المفسد موجب [١٥٢/ب]؛ لأن الشرط بعدما وجد وصح أفاد موجبًا وهو ملك الرقبة، وملك الرقبة؛ أعني رقبة الزوج للزوجة مفسد للعقد[4]، ألا ترى أنه إذا طرأ على نكاح مستقر يرفع وإذا أقرت به يمنع، خلاف مسألتنا؛ لأنه ليس لهذا الشرط موجب، إلا أنه لم يصادف محلًا؛ لأن البضع لا يحتمل الصداق[5].

---

(١) هكذا كتبت في الأصل.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦١). والمبسوط (٥/١٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٨).

(٣) ينظر: تقويم النظر (٤/١٥٥).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/١٠٦).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦١). والمبسوط (٥/١٠٥)، وبدائع الصنائع (٢/٢٧٨).



الجواب:

قولهم: عقد تام. لا نُسَلِّم؛ لأن تمام العقد بتمام الإيجاب، والإيجاب قاصر على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الشرط الفاسد تأثيره في الرفع بعد الانعقاد.

قلنا: هذا على أصلكم[(١)]، أما عندنا يمنع الانعقاد.

ثم نقول: قولهم: بأن النكاح بعد الانعقاد لا يقبل الرفع.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل يقبل. فالحاصل هو أن العقد وجب أن لا يصح؛ سواء قلنا: تأثير الشرط في المنع أو في الرفع بعد الانعقاد؛ لأن كلاهما يتصور ها هنا[(٢)]، والله أعلم.



|١٩٣| مسألة:

نكاح المحرم وإنكاحه باطل عندنا[(٣)]، خلافًا لهم[(٤)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن حرمة الإحرام تثبت على التعدي عندنا[(٥)]،

---

(١) قال ابن الدهان: «وغايته أنه شرط شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد كما لو شرط أن لا يتسرى عليها». تقويم النظر (٤/١٥٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٢٥)، وبحر المذهب (٩/٣١٩).

(٣) ينظر: الأم (٥/٨٤)، ومختصر المزني (٨/٢٧٧)، واللباب (ص: ٢٠٢)، والإقناع (ص: ٩٠)، والحاوي الكبير (٤/١٢٣).

(٤) ينظر: الحجة (٢/٢١٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٦٩)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٦)، والمبسوط (٤/١٩١)، وبدائع الصنائع (٢/٣١٠).

(٥) ينظر: الأم (٥/٨٤)، الحاوي الكبير (٤/١٢٤)،




وعندهم ما تثبت على التعدي(١).

❊ دليلنا: أن النكاح داعٍ تام إلى الوطء، فوجب أن يحرم بالإحرام كالقبلة والملامسة(٢).

وبيان أنه داعي تام؛ لأن داعي إلى الوطء طبعًا وشرعًا، وهذا؛ لأن الوطء في الإحرام معصية، والداعي إلى المعصية معصية، فيكون النكاح في الإحرام معصية، فلا يصح، ولأن الاجتناب عن المعاصي واجب، والاجتناب عن المعاصي إنما يكون بالاجتناب عن الداعي إلى المعاصي والنكاح داعٍ على ما بَيَّنَّا، فوجب الاجتناب عنه، فيحرم لهذا المعنى، كالقبلة تحرم لهذا المعنى(٣).

❊ ودليلهم: أن الإحرام عبادة، فلا يمنع صحة النكاح كسائر العبادات(٤).

لأن صحة العبادات تستدعي الأهلية والمحلية، وقد وجدت الأهلية والمحلية؛ لأن الإحرام لا يؤثر في شيء من ذلك، بل تأثير الإحرام في إزالة الخوف في محل الخوف، كالصيد أزال الخوف، أو في إثبات المنع في محل خلق للإباحة كالكلأ والحطب والحشيش، والمرأة ما خلقت على الإباحة حتى يؤثر الإحرام فيها بالمنع، ولا هي محل الخوف حتى يؤثر بالأمن، فدل أن الإحرام لا تأثير له فيما يرجع إلى النكاح، فصار النكاح بمنزلة سائر

---

(١) ينظر: الحجة (٢/٢١٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٤/٣٧٢). والمبسوط (٤/١٩١)، بدائع الصنائع (٢/٣١٠).
(٢) ينظر: الأم (٥/٨٤)، الحاوي الكبير (٤/١٢٤)، بحر المذهب (٩/٣٢٧).
(٣) ينظر: المراجع السابقة.
(٤) ينظر: الحجة (٢/٢١٤)، والمبسوط (٤/١٩١).

العقود كالإجارة والبيع.

ثم المرأة لو آجرت نفسها بعد الإحرام أو باعت مالها صح، كذا هذا العقد، فلأن الإحرام لو أثر في تحريم النكاح فإنما يحرم؛ لأنه حرم [١٥٣/أ] الوطء، وإنما يحرم الوطء؛ لأنه استمتاع وارتفاق، وليس في النكاح ذلك فلا يحرم، وخرج على هذا القبلة؛ لأن فيها ارتفاق بخلاف النكاح[١].

الجواب:

قولهم: الإحرام عبادة.

قلنا لا جرم لا نقول بأنه منع النكاح لكونه عبادة، بل لأنه محرم للوطء بدواعيه، والنكاح داعٍ إلى الوطء فيمنعه لهذا.

قولهم: تأثير الإحرام في شيئين

قلنا: لا نُسَلِّم، والدليل على فساد هذه القاعدة أن الإحرام يؤثر في تقريم[٢] الأظفار وحلق الشعور بالتحريم، وهذه الأشياء ما خلقت على الإباحة، ولا هي محل الخوف.

قولهم: بأن الإحرام إنما يحرم الوطء؛ لأنه فيه استمتاع، وليس في النكاح ذلك.

---

(١) ينظر: الحجة (٢/٢١٤)، والمبسوط (٤/١٩١).

(٢) تقريم: القاف والراء والميم أصل صحيح يدل على حز أو قطع في شيء، من ذلك القرم: قرم أنف البعير، وهو قطع جليدة منه للسمة والعلامة. ينظر: تهذيب اللغة (٩/١٢٠) ومقاييس اللغة (٥/٧٥).

قلنا: بلى، لكن هو سبب الاستمتاع، وسببه ملحق بحقيقته كما في حرمة المصاهرة؛ لأنها تتعلق بالوطء لكونه سبب الجزئية، ثم يتعدى إلى النكاح؛ لأنه سببه وإن لم توجد الجزئية فيه[1]، والله أعلم.



١٩٤ | مسألة:

المنكوحة ترد بالعيوب الخمسة[2] عندنا[3]، خلافًا له[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النكاح يحتمل الفسخ عندنا[5]، وعندهم لا يحتمله[6].

❊ دليلنا: أن النكاح سبب لإثبات حق في محل بعوض، فمطلقه يقتضي سلامة المستحق كالبيع[7].

ونعني بالحق الاستمتاع، ونعني بالمحل المنفعة؛ وهذا لأن النكاح سبب لما أوجب حق الاستمتاع، والثابت به حق للاستمتاع، فالاستمتاع إنما يكون في المنفعة، فكان المعقود عليه في الحقيقة هو المنفعة.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤/١٢٥)، وبحر المذهب (٩/٣٢٧).

(٢) العيوب الخمسة: هي الرتق، والقرن، والجنون، والجذام، والبرص. ينظر: المبسوط (٥/٩٥)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٢٥)، والإقناع (ص: ١٣٨)، والحاوي الكبير (٩/٣٣٨).

(٣) ينظر: الإقناع (ص: ١٣٨)، والحاوي الكبير (٩/٣٣٨)، وبحر المذهب (٩/٣٢٨)، والبيان (٩/٢٩٠).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٩٥)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٢٥)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٩)، وبحر المذهب (٩/٣٢٩)، والبيان (٩/٢٩٦).

(٦) ينظر: المبسوط (٥/٩٦)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٨).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٩)، وبحر المذهب (٩/٣٢٩)، والبيان (٩/٢٩٦).




وإنما قلنا: فمطلقه يقتضي سلامة المستحق للمستحق ؛ لأن الحقوق مقصودة ، لا بد وأن تكون السلامة فيها مقصودة ، لأنها لا تراد لعينها ، وإنما تراد للوصول إليها ، والوصول إنما يكون بالسلامة ، فصارت السلامة مستحقة من هذا الوجه ، فصار كالبيع ؛ لأن بالاتفاق سلامة المستحق مستحقة ، حتى إذا فات يوجب حق الفسخ ، كذلك ها هنا .

وإنما قلنا: فاتت السلامة ؛ لأن السلامة بالاستيفاء ، والاستيفاء إنما يكون بالوطء ؛ لأن المنفعة متكمنة ، فاستيفاؤها إنما يكون بآلة مخصوصة ، والوطء ها هنا فاتت ، أما في حق القرناء[1] والرتقاء[2] فظاهر ؛ لأنه فات الوطء حسًا وحقيقة لوجود المانع الحسي الحقيقي .

وأما ما عدا ذلك من العيوب أيضًا مانعة من الوطء ؛ لأن المرء يعاف مصاحبة من به هذه العيوب ، فإن الطبع يمنعه عن مصاحبته ، وهذا المنع معتبر شرعًا على ما ورد أن النبي ﷺ قال: [١٥٣/ب] «فر من المجذوم فرارك من الأسد»[3] إلى غيره من الأحاديث ، فدل أنه قد فات السلامة ، وهي مستحقة ، فتوجب حق الفسخ كما في البيع سواء[4] .

♦ ودليلهم: أن النكاح لا يحتمل الفسخ ، فلا ترد المنكوحة بالعيب[5] .

---

(١) القرناء: هي التي في فرجها مانع يمنع من سلوك الذكر فيه ، إما غدة غليظة ، أو لحمة مرتتقة ، أو عظم ، يقال لذلك كله القرن . ينظر: تهذيب اللغة (٩/ ٨٨) ، ولسان العرب (١٣/ ٣٣٥) .

(٢) الرتقاء: هي المرأة المنضمة الفرج التي لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه . ينظر: لسان العرب (١٠/ ١١٤) ، والقاموس المحيط (ص: ٨٨٦) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب: الطب ، باب: الجذام ، (٧/ ١٢٦) ، برقم: ٥٧٠٧ .

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٣٩) ، وبحر المذهب (٩/ ٣٢٩) ، والبيان (٩/ ٢٩٦) .

(٥) ينظر: المبسوط (٥/ ٩٦) ، وبدائع الصنائع (٢/ ٣٢٨) .




وبيان أنه لا يحتمل الفسخ الحقيقة [والحكم][1]:

أما الحقيقة: وهو أن الفسخ ينبني على الملك في المحل المملوك؛ لأن الفسخ رد الملك، والملك في باب النكاح ليس بملك مطلق حتى يظهر في الفسخ، ولهذا لا يظهر في النقل والاعتياض، ولو وطئت بالشبهة فالمهر يصرف إلى المرأة لا إلى الزوج، فدل أنه ليس بمطلق؛ ولأن هذا الملك ورد على الحرة، والحرية منافية للملك؛ لأنها تنبئ عن المالكية، فدل أنه ليس بملك مطلق، بل هو ملك ضروري ثبت باعتبار الحاجة، وهو الحاجة إلى السكن وقضاء الشهوة؛ لأن هذه المقاصد لا تتم إلا بملك حاجز عن الاشتراك، إذا ثبت أنه ضروري فلا يظهر في الفسخ؛ لأنه لا حاجة إليه، لأنه ليس من مصلحة النكاح، بخلاف الطلاق حيث يظهر الملك فيه؛ لأن الطلاق إنما يظهر فيه الملك باعتبار الحاجة، لأنه ربما وقعت المشاجرة بينهما بحيث لا يمكن رفعها.

فلو قلنا: بأنه لا يجوز قطع النكاح يؤدي إلى أن تنقلب المصلحة مفسدة، فأظهرنا في الطلاق لهذا المعنى، بخلاف الفسخ؛ لأنه لا حاجة إلى أن يظهر في الفسخ فيبقى على ما كان، وهو أن الأصل عدم الظهور.

ومن وجه آخر قالوا: العيب منفصل عن المعقود عليه فلا يوجب الرد[2].

وإنما قلنا: منفصل؛ لأن المعقود عليه في النكاح ليس عن المرأة ولا

---

(١) هكذا كتبت في الأصل، والصحيح أنها زائدة؛ لأن المؤلف ـ رحمه الله ـ لم يذكر إلا دليل الحقيقة، والله أعلم.

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٩٦)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٨).

منفعة من منافعها.

بيان أن العين ليس بمعقود عليه على ما بَيَّنَّا، ولا المنفعة أيضًا بدليل أنه لو تزوج بصغيرة يجوز[١] ولا منفعة هناك، فلو كان المعقود عليه المنفعة وجب أن لا يجوز، كما إذا استأجر جحشًا[٢]، وكذا التأبيد من شرطه والتأقيت يبطله، فدل أن المنفعة ليست بمعقود عليها، بل المعقود في النكاح وصف الحل، والمعيبة والسليمة في وصف الحل يستويان، وفي ملك الحل أيضًا يستويان، أقصى ما في الباب أنه فات الوطء، والوطء في النكاح يد، وفوات اليد في النكاح لا يؤثر؛ ألا ترى أنه لو ماتت المرأة قبل الدخول [١٥٤/أ] لا يثبت حق الفسخ؟! وإن كان فوات اليد يؤثر وجب أن ينفسخ كالبيع[٣].

الجواب:

قولهم: النكاح لا يحتمل الفسخ.

قلنا: لا نُسَلِّم: بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فإنه ينفسخ بخيار العتق[٤] وخيار البلوغ[٥] وعدم الكفاءة[٦]، وينفسخ بارتداد أحد الزوجين[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (٢١٢/٤)، وبدائع الصنائع (٢٤٤/٢).
(٢) ينظر: المبسوط (٧٤/١٥).
(٣) ينظر: المبسوط (٩٦/٥)، وبدائع الصنائع (٣٢٨/٢).
(٤) ينظر: الحجة (٥٠٦/٣)، والتهذيب (٤٠٣/٥).
(٥) ينظر: النتف (٢٨٣/١)، الحاوي الكبير (٣٦٦/٩).
(٦) ينظر: المبسوط (٦٥/٥)، والبيان (٣١٧/٩).
(٧) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٣٠٩)، والأم (٥٢/٥).



وأما [...][١]: فهي أن الفسخ ليس إلا رفع العقد عن المحل الذي فيه ليتخلى المحل عن ذلك العقد، ويعود إلى ما كان، وهذا المعنى أمكن تحقيقه في باب [...][٢]؛ لأن محل النكاح يقبل الخلو عن العقد، فإذا ورد العقد عليه فيقبل الرفع ليعود إلى ما كان كالبيع سواء.

قولهم: أنه لا يقبل الإقالة.

قلنا: الإقالة تمليك مبتدأ، والنكاح لا يقبل ذلك؛ لأنه من باب النقل، أما خيار الشرط. قلنا: إنما لا يقبله؛ لأن قضية الخيار تأخير الحكم واللزوم والعقد قضية اللزوم، إلا أن الشرع جوز ذلك في البيع؛ لأنه عقد معاينة بخلاف النكاح، فيبقى على الأصل.

قولهم: بأن الفسخ ينبني على الملك.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل ينبني على العقد؛ لأنه تصرف في العقد، [ثم وإن سلمنا ذلك][٣].

قولهم: أن ملك النكاح ملك ضروري.

نقول: لا نُسَلِّم، بل هو ملك مطلق متسع لسائر الأحكام، وإنما لا يظهر

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط يظهر أن فيه سقطًا؛ حيث أن السياق يتماشى معه، فمثلا أقرب شيء أن نقول: «الحقيقة»؛ لأنه ذكر الحكم وبقي الحقيقة، والله أعلم.

(٢) في هذا الموضع في المخطوط سقطًا؛ لأنه في سياق الكلام لابد له من تكملة، ويظهر لي أن السقط «البيع أو البيوع»؛ لأن هذا قياس بالفسوخ، وغالبا الفسوخ تذكر في باب البيوع، ، والله أعلم.

(٣) هكذا كتبت في الأصل.

في بعض الأحكام لحكمه، فيظهر في الفسخ كما يظهر في الطلاق، وعذرهم عن الطلاق باطل؛ لأنه لا حاجة.

قولهم: العيب منفصل عن المعقود عليه.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن العين ليس بمعقود عليه.

قلنا: ليس كذلك، بل هو معقود عليه على ما بَيَّنَّا، ثم ولئن سلمنا أنه منفصل لكن توجب [...][1] المعقود عليه على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن المنفعة ليست معقودًا عليها.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ لأن المستحق هي المنفعة، والمستوفى هي المنفعة، فالمعقود عليه هو المنفعة ضرورة.

قولهم: لو تزوج بالرضيعة يجوز.

قلنا: لأنه عقد عمر، فالمنفعة إن كانت معدومة في الحال، لكنها موجودة في ثاني الحال، فلهذا جاز[2]، والله أعلم.



|١٩٥| مسألة:

الأمة إذا أعتقت تحت حر لا يثبت لها الخيار عندنا[3]، ....

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط كلمة ممحاة لايمكن قراءتها، والله أعلم.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٣٩)، وبحر المذهب (٩/٣٣٠).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٧٩)، والحاوي الكبير (٩/٣٥٧)، والمهذب (٢/٤٥٤)، ونهاية المطلب (١٢/٤٦٥)، وبحر المذهب (٩/٣٤٦).




خلافا لهم[1].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الحل في حق الإماء كالحل في حق الحرائر عندنا[2]، وعندهم على النصف[3].

❊ دليلنا: أن النكاح يتناول حالة الرق، فلا يثبت لها الخيار بالعتق[4]، دليله: الكافرة إذا أسلمت تحت مسلم[5].

وبيان أن الأمر [١٥٤/ب] كذلك أن العقد مطلق مسترسل على جميع الأحوال حالة الرق والحرية، ولهذا المعنى إذا رضيت بالمقام لا تحتاج إلى عقد جديد، وإذا ثبت هذا فبالإعتاق لم يحدث إلا تبدل حالة تناولها العقد بحالة تناولها العقد، فلا يثبت لها الخيار[6] كما في المسائل، منها الصغيرة إذا كبرت، والكافرة إذا أسلمت[7].

❊ ودليلهم: قالوا أجمعنا على أنه لو أعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار[8]،

---

(١) ينظر: الحجة (٤/٢٠)، ومختصر القدوري (ص: ١٥٠)، والنتف (١/٣٠٧)، والمبسوط (٥/٩٨)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٦٠)، والمهذب (٢/٤٥٤)، وبحر المذهب (٩/٣٤٨)، والبيان (٩/٣٢١).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/٩٩)، وبدائع الصنائع (٢/٣٢٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٦٠)، والمهذب (٢/٤٥٤)، وبحر المذهب (٩/٣٤٨)، والبيان (٩/٣٢١).

(٥) فإن الكافرة إذا أسلمت تحت مسلم فليس لها الخيار في النكاح. ينظر: المبسوط (٥/٤٨)، والوسيط (٥/١٤٥).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٦٠)، والمهذب (٢/٤٥٤)، وبحر المذهب (٩/٣٤٨)، والبيان (٩/٣٢١).

(٧) ينظر: المبسوط (٥/٤٨)، والوسيط (٥/١٤٥).

(٨) ينظر: المبسوط (٥/٩٩)، والحاوي الكبير (٩/٣٥٧).

وإنما يثبت ؛ لأنه ازداد ملك الزوج عليها بسبب العتق[1] .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الحل في حق الإماء على النصف فإذا أعتقت ازداد الحل ، فثبت لها الخيار لهذا المعنى ؛ لأنه ازداد الملك ، لأن الملك ينبني على الحل ، فإذا ازداد ملك الزوج فلها أن لا ترضى بزيادة الملك وأن ترفع عن نفسها ، إلا أنه لا يمكن الرفع إلا برفع العقد ، قلنا: له الرفع .

وإذا ثبت أن الخيار إنما يثبت لهذا المعنى فيما إذا كان الزوج عبدًا ، هذا المعنى موجود ها هنا ، وجب أن يثبت ، ولا يقال: بأن الزيادة صارت مستحقة بأصل العقد ؛ بدليل أنه لا يحتاج إلى عقد جديد ، لأن هذا باطل ، فإن الزيادة معدومة حالة العقد ؛ لأن الزيادة زيادة الملك فإنها تنبني على كمال الحل ، ولم يوجد كمال الحل حالة العقد ؛ فكيف يستحق بل يستحق بعد العتق غير أنه لا يحتاج إلى عقد جديد ؛ لأن ذلك العقد صالح لاستحقاق الزيادة ، إلا أنه لا يفيد العدم إلا بعد العتق ، إذا وجدت الزيادة يفيد استحقاق تلك الزيادة ، لكن يفيد في الحال لا حال أصل العقد[2] .

الجواب:

قولهم: لو أعتقت تحت عبد ثبت الخيار ؛ لأجل زيادة الحل والملك .

---

(١) قال السرخسي: «وفي هذا لا فرق عندنا بين أن يكون الزوج حرا أو عبدا ؛ وهذا لأن الملك إنما يثبت بحسب الحل ، والحل في جانبها يتنصف بالرق كما يتنصف الحل في جانبه بالرق فتزوج العبد امرأتين ، والحر أربعا ، وإذا انتصف الحل برقها فإذا أعتقت ازداد الحل وبحسبه يزداد الملك» . المبسوط (٥/٩٩) .

(٢) ينظر: المراجع السابقة .

قلنا: لا نُسَلِّم زيادة الحل والملك، ولئن سلمنا غير أن الزوج استحق الزيادة بأصل العقد؛ بدليل أنه لا يحتاج إلى عقد جديد لولا أنه يستحق، وإلا لاحتيج إلى عقد جديد، غير أن الزيادة لا تظهر في الحال لوجود مانع، وهو الرق، فإذا زال الرق ظهرت الزيادة، وصارت مستحقة بأصل العقد؛ كالصغيرة إذا بلغت، والمجنونة إذا أفاقت(١)، فإن هناك ظهرت الزيادة وهو التمكن من الوطء، ولكن لما كانت مستحقة بأصل العقد لا يثبت الخيار، كذلك ها هنا.

قولهم: إنما لا يحتاج إلى عقد جديد؛ لأن العقد صالح إلا أن في المحل [نبوة](٢).

قلنا: إذا كان في المحل نبوة عن الزيادة [١٥٥/أ] فلا يكون السبب صالحًا؛ لأن السبب إنما يكون سببًا إذا صادف المحل، فدل أن العتق تحت العبد لا يثبت الخيار لهذا المعنى، بل إنما يثبت لعدم الكفاءة؛ لأنه لا كفاءة بين الحرة والعبد، وهو مقصود أصلي في النكاح؛ لأن مقاصد النكاح لا تتوفر على النكاح إلا بعد وجودها(٣)، والله أعلم.

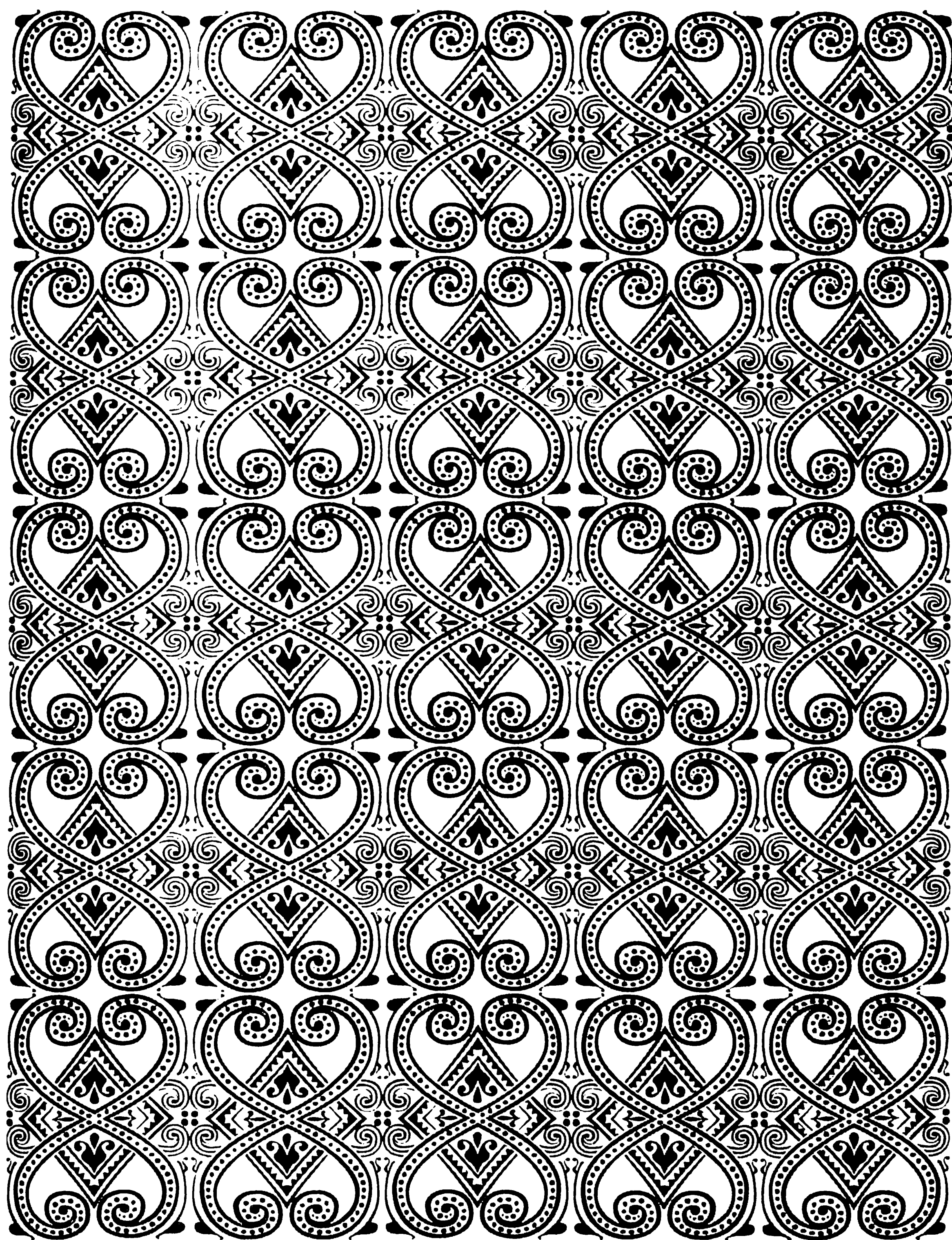


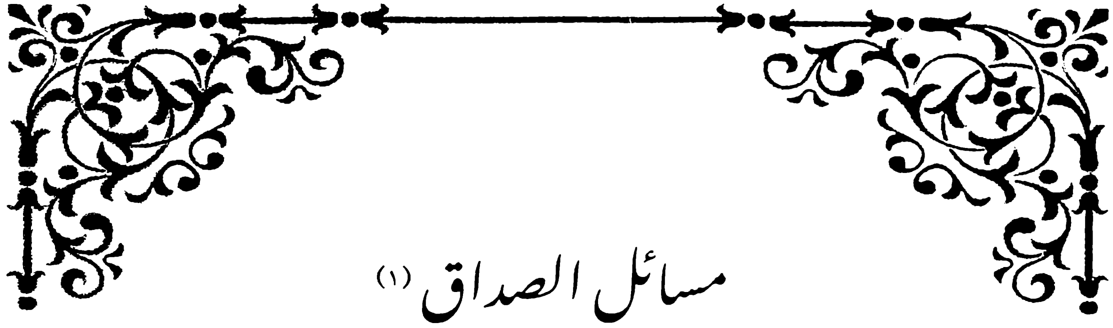
---

(١) قال الماوردي: «ولأن ما لم يثبت به الخيار في ابتداء النكاح لم يثبت به الخيار في أثناء النكاح كالعمى طردا، وكالجب عكسا، ولأن ما لزم من عقود المعاوضات، لم يثبت فيه من غير عيب خيار كالبيع. الحاوي الكبير (٩/ ٣٦٠).

(٢) هكذا كتبت في لأصل.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٦٠)، وبحر المذهب (٩/ ٣٤٨).





مسائل الصداق(١)

١٩٦| مسألة:

أقل الصداق لا يتقدر بمقدار عندنا(٢)، وعندهم يتقدر بعشرة دراهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الصداق حق المرأة عندنا(٤)، وعندهم حق الله تعالى(٥).

❊ دليلنا: أن ما دون العشرة مال فيصلح أن يكون صداقًا كالعشرة(٦).

وهذا لأن المهر إنما شرع في النكاح ليكون عوضًا، وما دون العشرة في العوضية كالعشرة؛ ألا ترى في سائر المعاوضات نحو البيع والإجارة

---

(١) الصداق في اللغة: هو مهر المرأة، وجمعها في أدنى العدد أصدقة، والكثير صدق، سمي بذلك؛ لقوته وأنه حق يلزم. ينظر: مقاييس اللغة (٣/٣٣٩)، ولسان العرب (١٠/١٩٧). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: اسم لمال يسمى في عقد النكاح، وعرفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا. ينظر: البناية (٥/١٣٠)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٣).

(٢) ينظر: الأم (٥/٦٤)، ومختصر المزني (٨/٢٨٠)، والإقناع (ص: ١٤٠)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٧)، وبحر المذهب (٩/٣٨٤)، والتهذيب (٥/٤٧٨)، والبيان (٩/٣٦٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٨)، والمبسوط (٥/٨٠)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٧).

(٤) ينظر: الأم (٥/٦٤)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٩)، وبحر المذهب (٩/٣٨٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٩)، والمبسوط (٥/٨١).

(٦) ينظر: الأم (٥/٦٣)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٩)، وبحر المذهب (٩/٣٨٥).

جاز كالعشرة؟! كذا ها هنا، ولهذا المعنى أن مستحله يكفر وهذا الفقه، وهو أن العوضية تنبني على المالية، فكل ما وجد فيه المالية والتقوم يكون عوضًا وما دون العشرة في التقوم والمالية كالعشرة، ولهذا يكفر مستحله ومتعاطيه يفسق ومن [ضلل][1] عليه يجوز لمالكه الرفع، وإن أدى إلى [النيل][2] كالعشرة سواء، والركن في الباب المالية؛ لأن الله تعالى قال: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[3]، وقد وجد الابتغاء بالمال، فقد امتثل أمر الشرع، فوجب أن يجوز[4].

❖ ودليلهم: أن المهر حق الله تعالى، فوجب أن يكون مقدرًا؛ دليله: الزكاة[5].

وبيان أنه حق الله تعالى؛ لأنه واجب بالنكاح، وحق الله تعالى يتعلق بالنكاح فيتعلق بالمهر الواجب بالنكاح ضرورة.

وإنما قلنا: حق الله تعالى يتعلق بالنكاح؛ لأن النكاح ورد على البضع، وحق الله تعالى يتعلق بالبضع؛ بدليل أن تناوله على وجه الحرمة، يوجب الحد حقًا لله تعالى، ولا يجري فيه البذل والإباحة، ولأن النكاح سبب لإيجاد النفوس، وحق الله تعالى يتعلق بالنفوس فيتعلق بسببها أيضا وهو النكاح، وإذا ثبت أن حق الله تعالى يتعلق بالنكاح فيتعلق بالمهر المشروع في

---

(١) هكذا كتبت في الأصل.
(٢) هكذا كتبت في الأصل.
(٣) سورة النساء: آية ٢٤.
(٤) ينظر: الأم (٥/٦٣)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٩).
(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٩)، والمبسوط (٥/٨١).

النكاح ضرورة.

فإذا كان المهر حق الله تعالى فلا بد وأن يكون مقدرًا كسائر حقوقه تعالى من الخراج[1] والجزية والزكوات؛ ولأن المهر إنما وجب إظهارًا لشرف البضع، وإظهار الشرف إنما يحصل بالمال [١٥٥/ب] المقدر، ولهذا قلنا: بأنه يتقدر؛ لأن العشرة أقل مال له خطر في الشرع، ولهذا تعلق للقطع بسرقة هذا القدر، وخرج على هذا ما إذا تزوج بخمسة؛ حيث صح ووجب العشرة، لأنه إنما صح لأن العشرة من حيث كونه صداقًا لا يتجزأ، فذكر بعضه كذكر كله كالطلاق والعتاق[2].

الجواب:

قولهم: المهر تعلق به حق الله تعالى.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو حقها بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن المهر مال، والمال لا يراد لعينه، وإنما يراد للمنافع، والله تعالى منزه عن المنافع، إنما يحتاج إليها العبد، فدل أنه حق العبد.

وأما الحكم: فلأن المرأة متمكنة من الإسقاط دل أنه حقها لا حق لله تعالى فيه[3].

قولهم: بأن حق الله تعالى متعلق بالبضع.

---

(١) الخراج: ما تأخذه الدولة من الضرائب على الارض المفتوحة عنوة، أو الارض التي صالح أهلها عليها. معجم لغة الفقهاء (ص: ١٩٤).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٩٩/٤)، والمبسوط (٨١/٥).

(٣) ومما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [سورة النساء: ٤].

قلنا: لما تعلق حق الله تعالى بالبضع لا جرم أدينا حق الله تعالى حيث شرطنا في العقد شرائط حقا للشرع كالشهادة والولي، وقلنا: لا يجري في البذل والإباحة، ومتناوله محرمًا يستحق حقًا لله تعالى، فلا حاجة إلى إظهار حق الله تعالى في المهر والنكاح، وهذا لأن المهر عوض زائد فهو كالنفقة، ثم حق الله تعالى لا يتعلق بالنفقة، وإن كانت واجبة في النكاح؛ كذلك ها هنا، ولئن سلمنا أنه حق الله، ولكن إنما يكون حقًا لله تعالى ليكون عوضًا في النكاح، ولكن لا يتوصل إليه إلا بعوض، وقد بَيَّنَّا أن ما دون العشرة في العوضية كالعشرة.

قولهم: شرع لشرف البضع.

قلنا: الشرف يحصل بمال يصلح أن يكون عوضًا، وهذا يصلح فيحصل به الشرف، أما السرقة.

قلنا: الحد من باب العقوبات، ولا مجال للقياس فيها، بخلاف مسألتنا على ما بَيَّنَّا من المعنى، وأنه موجود فيها دون العشرة[1]، والله أعلم بالصواب.



|١٩٧| مسألة:

المفوضة[2] لا تستحق المهر بنفس العقد على أحد القولين[3]، وتستحق

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٠٠)، بحر المذهب (٩/٣٨٦).

(٢) التفويض في النكاح: أن تنكح المرأة نفسها بغير مهر. فمن منع النكاح بغير ولي قال: امرأة مفوضة، بفتح الواو. ومن أجازه بغير ولي، قال: مفوضة بكسر الواو. ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٧٢)، ونهاية المطلب (١٣/٩٨).

(٣) وهذا القول هو الظاهر من مذهب الشافعية. ينظر: نهاية المطلب (١٣/١٠٠)، فتح القريب المجيب (ص: ٢٣٥).




في القول الثاني[١]، وهو مذهبهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المهر عوض زائد في باب النكاح عندنا[٣]، وعندهم عوض أصلي[٤].

❊ دليلنا: أنه عقد تم بركنيه فلا يقتضي بنفسه شيئا زائدا، ودليله البيع، وبيان أن العقد تم بركنيه بدون الصداق، وهو أن المهر عوض زائد في النكاح، وإذا كان زائدا فيتم بدونه ضرورة[٥].

والدليل على أنه عوض زائد الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الركن في النكاح إنما هو بدن المتناكحين؛ لأن النكاح ينبئ عن الانضمام، والتزويج ينبئ عن الازدواج، وذلك إنما يحصل ببدن المتناكحين، فدل أن الركن [١٥٦/أ] بدن المتناكحين، فصار كمصراعي باب وزوجي خف[٦]، ولأن المقصود من النكاح السكن والازدواج، وذلك

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٢)، ونهاية المطلب (١٣/١٠٠) والوسيط (٥/٢٣٧)، وبحر المذهب (٩/٤٦٣)، والبيان (٩/٤٤٤).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٦٢) وبدائع الصنائع (٢/٢٩٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٢)، وبحر المذهب (٩/٤٦٣).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٦٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٩٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٢)، وبحر المذهب (٩/٤٦٣).

(٦) بيان ذلك أن «مصراعي الباب» هو شق الباب، يعني: باب مكون من شقين فوجد بأحد الشقين عيباً فأراد أن يرده، فقال البائع: لا يمكن ترده، يقبل قول البائع؛ لأن في ذلك ضرراً عليه قوله «زوجي خف» الرجلان يحتجان إلى خفين اشترى خفين ليلبسهما فوجد في أحد الخفين عيباً فهل يرده وحده؟ لا؛ لأن في ذلك ضرراً على البائع فنقول: إما أن ترد الجميع أو تأخذ الأرش، لو قال المشتري: أنه ليس له إلا رجل واحدة، ويريد أن يرد الثانية وقلنا: ولو كان كذلك؛ لأن الضرر باقي على البائع. ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٠)، وبحر المذهب (٥/٤٠).

إنما يحصل ببدن المتناكحين، فدل أنهما الركنان في الباب، ولهذا المعنى يحتاج إلى تسميتهما في العقد، فدل ذلك أيضًا على كونهما الركنان فيه.

وأما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أن العقد ينعقد مع ترك تسميته[1]، ومع فساد التسمية، ولو كان المهر ركنًا وجب أن لا ينعقد كما في البيع، فإذا ثبت أن المهر عوض زائد قلنا: أن العقد تم بركنيه، وأن المهر زائد، والزائد لا يثبت إلا باشتراطها، فإذا رضيت المرأة بترك ذلك وجب أن لا يجب؛ لأن الزيادة لا تثبت إلا باشتراط المتعاقدين؛ لأن العقد بنفسه لا يقتضي ما هو زيادة فيه كشرط الخيار وغير ذلك[2].

♦ودليلهم: أن النكاح شرع بعوض فلا يشرع بغير عوض كالبيع[3].

وبيان أنه شرع بعوض الشرع والحكم والحقيقة:

أما الشرع فقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[4]، الله تعالى عد المحرمات ثم استثنى المحلل، وبين أن الحل إنما يحصل بالابتغاء بالمال، وبدون المال لا يحصل[5].

وأما الحكم: أجمعنا على أن النكاح عقد واحد لا يتعدد ولا يختلف حكمه، ولو كان عقد النكاح ينعقد تارة بالعوض وأخرى بغير العوض وجب

---

(١) ينظر: المبسوط (٤/٢٢٤)، والحاوي الكبير (٩/٣٩٣).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٤٨٢)، وبحر المذهب (٩/٤٦٣).
(٣) ينظر: المبسوط (٥/٦٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٩٢).
(٤) سورة النساء: آية ٢٤.
(٥) ينظر: تفسير الماتريدي (٣/١١٥).




أن يتعدد، ويختلف الحكم لعقود الأموال(١).

وأما الحقيقة: فهي أن النكاح عقد معاوضة، وقضيتها التسوية والتعديل بين العوضين والمتعاقدين، والزوج انفرد بملك، فلا بد وأن تنفرد المرأة بملك [...](٢) تحقيقًا للتسوية بينهما، والزوج ينفرد بملك البضع، فالمرأة لا بد وأن تنفرد بملك المهر، فلا يلزم الطلاق قبل الدخول حيث ينتصف به قبل الدخول لعود المعقود عليه سليمًا إلى [...](٣)، غير أنا صرفنا إليه النص، وهو ورد في المسمى، فبقي مسألتنا على أصل القياس وافترقا من هذا الوجه(٤).

الجواب:

قولهم: بأن النكاح عقد شرع بعوض.

قلنا: أي شيء عنيتم بالعوض؟! إن عنيتم به المال فممنوع، وإن عنيتم به بدن المتناكحين فمسلم؛ لأن المقاصد تجعل من بدنهما على ما بَيَّنَّا، وفي مسألتنا هذا العوض موجود فيصح، وإذا تقرر ذلك خرج عليه جميع ما قالوه،

أما الآية؛ قلنا: الاستدلال بها لا يصح؛ لأن بالاتفاق يصح النكاح

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٦٢)، والمهذب (٢/٤٦٢).

(٢) يبدو أن في هذا الموضع في المخطوط سقطًا؛ لأنه في سياق الكلام لابد له من تكملة، ويمكن أن تقدير السقط بإضافة كلمة «المهر»، والله أعلم.

(٣) يبدو أن في هذا الموضع في المخطوط سقطًا؛ لأنه في سياق الكلام لابد له من تكملة، والله أعلم.

(٤) ينظر: المبسوط (٥/٦٣)، وبدائع الصنائع (٢/٢٩٢).

بدون تسمية المال، ولم يوجد الانتفاء بالمال؛ لأنه إنما يوجد بذكر [١٥٦/ب] المال، فبان به أن المراد بالآية شرعية المال في النكاح، إلا أنه هو الركن الأصلي.

قولهم: العقد لا يتعدد.

قلنا: لأن الركن الأصلي لا يختلف؛ سواء وجد فيه المال أو لم يوجد؛ فالعقد أيضًا لا يختلف، والحكم أيضًا لا يختلف بهذا.

قولهم: أن التسوية شرط بين العوضين والمتعاقدين.

قلنا: بلى، وقد وجدت، وهو بدن المتناكحين على ما بَيَّنَّا، والله أعلم.



|١٩٨| مسألة:

الخلوة الصحيحة(١) لا توجب تقرير جميع المهر ووجوب العدة في أحد القولين، وتوجبهما في الثاني(٢)، وهو مذهبهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الوطء يوجب تقرير المهر بعينه عندنا(٤)،

(١) حد الخلوة الصحيحة «أن لا يكون هناك مانع يمنعه من وطئها طبعا ولا شرعا، مثل: المرض الذي يمنع الجماع، أو الصوم في رمضان، وغيرها». ينظر: المبسوط (١٥٠/٥)، ونهاية المطلب (١٩٤/١٥).

(٢) ينظر: مختصر المزني (٢٨٥/٨)، والحاوي الكبير (٥٤٤/٩)، والمهذب (٤٦٦/٢)، ونهاية المطلب (١٧٨/١٣)، والتهذيب (٥٢٣/٥)، والبيان (٤٠١/٩).

(٣) ينظر: الأصل (٤٣٧/٤)، والنتف (٢٧٣/١)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٨٩/٤)، ومختصر القدوري (ص: ١٤٧)، والمبسوط (١٤٩/٥).

(٤) ينظر: البيان (٤٠٣/٩).




وعندهم بل لمعنى التمكين الذي فيه[1].

❊ دليلنا: أن الخلوة ليست في معنى الوطء، فلا يجوز إلحاقها بالوطء في تقرير المهر كالفاسد[2].

وبيان ذلك أن الوطء إنما أوجب تقرير المهر، لأنه استيفاء المعقود عليه، واستيفاء المعقود عليه له تأثير في تقرير العوض، ولأن الوطء إتلاف المعقود عليه، وله تأثير في تقرير العوض؛ لأن له تأثير في إيجاب أصل العوض إذا صادف حق الغير، ولأن بالوطء احتبس المعقود عليه عند الزوج بحيث لا يمكن استرداده، فلا بد وأن يحتبس المهر عند المرأة بحيث لا يمكن استرداده بخلاف الخلوة؛ لأنه لم توجد هذه المعاني فيها.

وهذا الفقه؛ وهو أن الحال بعد الخلوة كالحال قبل الخلوة في الجانبين، أعني: جانب الرجل وجانب المرأة، ثم قبل الخلوة لا يتقرر المهر، كذا بعد الخلوة[3].

❊ دليلهم: أتت المرأة بالتسليم المستحق عليها بالعقد، فوجب أن يتقرر حقها في المهر. كما لو آجرت دارًا وخلا بينها وبين المستأجر[4].

وبيان أنها أتت بالتسليم المستحق عليها، لأن تسليم النفس مستحق عليها بالعقد، والدليل عليه الحقيقة والحكم:

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٣)، والمبسوط (٥/١٤٩).

(٢) ينظر: البيان (٩/٤٠٣).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٣)، والمبسوط (٥/١٤٩).




أما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أن لها منع نفسها منه لاستيفاء المهر، وبعد أخذها المهر يجب عليها تسليم نفسها، حتى لو امتنعت والحال هذه تعصي وتأثم، فدل أن تسليم النفس واجب عليها[1].

وأما الحقيقة: فهي أن النكاح عقد استحقاق، والاستحقاق لا يخلو عن التسليم، فيجب عليها تسليم النفس ضرورة، وإنما يجب عليها تسليم ما يدخل في وسعها ودخل في وسعها تسليم النفس والتمكين بأقصى ما تقدر [١٥٧/أ] عليه، وهو التمكين عند إزالة الموانع.

ولا يندرج تحت وسعها شيء آخر؛ لأن ما وراء ذلك الوطء، وذلك أمر ليس يدخل في وسعها، فلو اعتبرنا شيئًا آخر يؤدي ذلك إلى تكليف ما ليس في الوسع، لأن التسليم في جميع الأشياء هو التمكين من الشيء، أما وضع الشيء في يده فلا؛ لأن ذلك من باب التسلم، والواجب هو التسليم لا التسلم، فدل أن الواجب عليها هو التمكين، وقد أتت به، فوجب أن يتقرر حقها في الصداق؛ لأن مالها مقابل بما عليها.

وإذا أتت بما عليها وجب أن يتقرر حقها فيما لها، وخرج على هذا الخلوة الفاسدة؛ لأن التمكين لم يوجد، أما في الرتق والقرن فلم يوجد التمكين ولا التمكن، وأما في الحيض لم يوجد التمكين الواجب عليها؛ لأن هذا التمكين حرام عليها، فلا يتقرر، بخلاف مسألتنا، فافترقا[2].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٨٨)، والتنبية (ص: ١٦٦).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٩٣)، والمبسوط (٥/١٤٩).




الجواب:

قولهم: أثبتت تسليم المستحق عليها.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ لأن المستحق عليها تسليم المعقود عليه، والمعقود عليه هي المنفعة، وهي مودعة فيها، فتسليمها يكون بالاستيفاء إما بتسليم ذلك المحل المودع فيه فلا؛ ألا ترى أنه إذا باع جذعًا في سقف وسلم السقف لا يكون تسليمًا[1]؟! كذلك ها هنا.

ثم نقول: أنتم اعتبرتم التمكين، ونحن اعتبرنا الوطء، واعتبار الوطء أولى؛ لأن فيه مراعاة الجانبين، وفيما اعتبرتم مراعاة المرأة فحسب، ومراعاة الجانبين أولى من مراعاة أحدهما، وبيان أنه مراعاة الزوج لأن الزوج إذا وطئ فقد تأكد حقه في المعقود عليه بالاستيفاء، فيكون هذا تأكيد بإزاء تأكيد.

أما الإجارة قلنا: إذا سلم الدار إليه وهو لم ينتفع فهو مقصر، فلا يستحق النظر من جهة الشرع، بخلاف مسألتنا؛ لأن الزوج ليس بمقصر، لأن الوطء ينبني على هيجان الشهوة، والشهوة تهيج ساعة، ولا تهيج ساعة، فلا يحتمل الامتناع على التقصير، فيستحق النظر من جهة الشرع.

ثم نقول: قولهم: أتت بالتسليم.

قلنا: أتت بالتسليم صورة، لا حقيقة ولا شرعًا؛ لأن التسليم الحقيقي المعتبر شرعًا تسليم يتصل به التسلم، وها هنا لم يتصل به التسليم، فلا يكون

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٦٨).




معتبرًا ، والله أعلم بالصواب .



١٩٩| مسألة:

الرجل إذا تزوج بامرأة وأصدقها عبدًا مطلقًا ، أو ثوبًا هرويًا[١] أو مرويًا[٢] مطلقًا [١٥٧/ب] فسدت التسمية عندنا ، ويجب مهر المثل[٣] ، وعندهم تصح ، ويجب ثوبًا أو عبدًا وسطًا[٤] .

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الجهالة في وصف المسمى يقدح في صحة التسمية عندنا[٥] ، وعندهم لا يقدح[٦] .

❊ **دليلنا**: أنه تسمية مال مجهول ، فلا يصح ، دليله: ما إذا كان مجهول الجنس بأن يتزوج على حيوان مطلق[٧] .

وإنما قلنا: إذا كان مجهولًا لا يصح ؛ لأن التسمية لو صحت يجب المسمى ، وإذا وجب المسمى لا بد من الاستيفاء ؛ لأن الوجوب للاستيفاء ،

---

(١) الثوب الهروي: منسوب إلى هراة وهي: بلد من خراسان وفي كتاب المسالك هراة ونيسابور ومرو وسجستان بين كل واحدة وبين الأخرى أحد عشر يوما والنسبة إليها هروي بقلب الألف واوا . ينظر: المغرب (ص: ٥٠٣) ، والمصباح المنير (٢/ ٦٣٧) .

(٢) الثوب المروي: منسوب إلى مرو وهي قرية معروفة بخراسان نظر: المغرب (ص: ٥٠٣)، ولسان العرب (١٥/ ٢٧٦) .

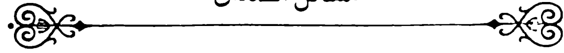
(٣) ينظر: الأم (٥/ ٦٣) ، واللباب (ص: ٣١٩) ، والحاوي الكبير (٩/ ٣٩٥) ، والتهذيب (٥/ ٤٨١) .

(٤) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٤٨) ، والمبسوط (٥/ ٦٨) ، وبدائع الصنائع (٢/ ٢٨٢) .

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٩٥) ، وبحر المذهب (٩/ ٣٨٢) .

(٦) ينظر: المبسوط (٥/ ٦٨) ، وبدائع الصنائع (٢/ ٢٨٢) .

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٩٥) ، وبحر المذهب (٩/ ٣٨٢) .



وإذا كان مجهول الوصف لا يمكن الاستيفاء ؛ لأن الزوج يدفع الأدنى ، وهو يطلب الأعلى فيفضي إلى منازعة مانعة من التسليم ، لأنه ما من وصف يعين الزوج إلا ويعارضه وصف آخر والاسم ، فيشتمل الكل ، فقلنا: بأنه فسدت التسمية ، ويصار إلى مهر المثل قطعًا للمنازعة ، فصار كمجهول الجنس ، فإن التسمية فيها إنما فسدت لهذا المعنى[1].

❁ ودليلهم: أنه تسمية مال بإزاء ما ليس بمال ، فالجهالة في وصف المسمى لا تقدح في صحة التسمية ؛ دليله التسمية في أسنان [...][2] الزكوات[3][4].

وبيان أنه تسمية بإزاء ما ليس بمال لأنه تسمية مال بإزاء منفعة البضع ، ومنفعة البضع ليس بمال ، وإذا لم يكن بإزاء مال فلم يكن هذا مبادلة حقيقة ، بل المبادلة في وصف المالية تشبه التزام المال ابتداء ، فالجهالة في وصف المسمى لا تمنع صحته كسائر الأقارير ، فإنه إذا قال لفلان علي شيء يصح ، لأنه يشبه التزام المال ابتداء.

وإذا ثبت أن التسمية صحيحة قلنا: بأنه يجب المسمى ، إلا أنَّا صرنا

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٩٥) ، وبحر المذهب (٩/ ٣٨٢).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط ؛ ومن خلال القراءة يشعر أن فيه سقط ، لكن ورد فيما بعد في آخر المسألة توضيح للفظة «أسنان» هذه إذ أضافها للإبل فقال: «أسنان الإبل في الزكوات» ، والله أعلم.

(٣) قال السرخسي: «ألا ترى أن الشرع أوجب في الدية مائة من الإبل ، وأوجب في الجنين غرة عبدا أو أمة فإذا جاز أن يثبت الحيوان مطلقا دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال شرعا ، فكذلك يثبت شرطا». المبسوط (٥/ ٦٨).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/ ٦٨) ، وبدائع الصنائع (٢/ ٢٨٢).




إلى الوسط قطعًا للمنازعة؛ لأن في إيجاب الوسط اعتبارًا لكلاميهما، وإن صالحا بينهما؛ لأن الوسط يشتمل على الجيد والرديء؛ لأنه عبارة عن هذا، وإذا كان في إيجاب الوسط اعتبار لكلاميهما فلا بد من المصير إليه[1].

الجواب:

قولهم: تسمية مال بإزاء ما ليس بمال.

قلنا: بلى، ولكن بإزاء ما هو متقوم؛ لأن البضع متقوم، فلم قلتم بأن الجهالة في الوصف لا تمنع صحته؟! وهذا لأنكم اعتبرتم وصف المالية لتحقيق المبادلة[2]، ونحن اعتبرنا وصف التقوم[3]، وما صرنا إليه أولى؛ لأن التقوم وصف شرعي، والمهر قيمة شرعية، فاعتبار الوصف الشرعي في القيمة الشرعية أولى.

قولهم: بأنه يشبه التزام المال ابتداء.

قلنا: ليس كذلك؛ لأنه ذكر المال في مقابلة البضع وكيف يشبه التزام المال، فهو بمثابة البيع لما ذكر في [١٥٨/أ] مقابلة شيء لا يشبه التزام المال، وبالأولى لأن البضع أشرف من المال، فإذا كان ذكر المال في مقابلة المال لا يشبه التزام المال ابتداء؛ فلأن لا يشبه ها هنا أولى.

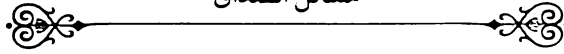
قولهم: بأن في إيجاب الوسط اعتبارًا لكلاميهما وإرضائهما.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٦٨).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٩٥).



قلنا: ليس كذلك، بل فيه إعراض عن كلاميهما، وإسخاط لهما؛ لأن الوسط شيء ثالث، وهذا يدفع الأدنى، وهو يطالب الأعلى والوسط شيء ثالث فكيف يكون إرضاء واعتبارًا لكلاميهما، أما أسنان الإبل في الزكاة؛

قلنا: ذاك تسمية شرعية، فتحمل الجهالة فيها؛ لأن الشرع ورد بالبيان، لأن الشرع أمر بإيجاب الوسط، بخلاف مسألتنا[١]، والله أعلم.



|٢٠٠| مسألة:

المعقود عليه في النكاح هو المنفعة المبقاة على حقيقتها عندنا[٢]، وعندهم المنفعة الملحقة بالأجزاء والأعيان[٣]، وهذا أصل كثير ينبني عليها مسائل؛ منها وطء البنت، هل يمنع الرد بالعيب[٤]؟! ومنها النكاح يقبل الفسخ عندنا[٥]؛ لأنه ورد على منفعة حقيقة كالإجارة، وعندهم لا يقبله لأنه في حكم الغير[٦].

❊ دليلنا: أن نقول: الدليل على أن المعقود عليه في النكاح منفعة حقيقة، الشرع والحقيقة والحكم[٧]:

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٣٩٥)، وبحر المذهب (٩/٣٨٢).
(٢) ينظر: تخريج الفروع على الأصول (ص: ١٩٢)، والأشباه والنظائر (٢/١٩).
(٣) ينظر: أصول السرخسي (٢/١٧١).
(٤) ينظر: المبسوط (٥/٩٥)، ومختصر المزني (٨/٢٧٨).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٨).
(٦) ينظر: المبسوط (٥/٩٥).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٩/٥٨).




أما الشرع: فقول الله تبارك وتعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1]؛ أي مهورهن[2]، سمى المهر أجرًا، والأجرة: اسم لمال وجب في مقابلة المنفعة[3]؛ لأن الله تعالى سمى الوطء استمتاعًا[4] والاستمتاع استيفاء المنافع لا العين.

وأما الحقيقة: فلأن المستحق بعقد النكاح هو المنفعة والمستوفى به المنفعة، والمعقود عليه في كل عقد ما يستحق به ويستوفى به، ولأن النكاح شرع للوطء، والوطء: غمز عضو في عضو[5]، غير أن الله تعالى أحدث منفعة عقيب هذا الغمز، فالعقد الوارد على المنفعة التي تحدث عقيب هذه الغمزة كالعقد الوارد على منفعة سائر الأجزاء، ثم هناك المعقود عليه منفعة حقيقة، كذا ها هنا.

وأما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أن المعقود عليه في نكاح المتعة هو المنفعة[6]، فكذا في النكاح المطلق؛ لأن المعقود عليه لا يختلف، والمحل أيضًا لا يختلف، بل المختلف هو التأقيت والتأبيد.

◆ ودليلهم: قالوا: الدليل على أنه في حكم العين[7]، الشرع والحكم والحقيقة:

---

(١) سورة النساء: آية ٤.

(٢) ينظر: تفسير مقاتل بن سليمان (١/٣٦٧).

(٣) ينظر: لسان العرب (٤/١٠)، وتاج العروس (١٠/٢٥).

(٤) قال تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ قال الحسن ومجاهد: «أراد ما انتفعتم وتلذذتم بالجماع من النساء بالنكاح الصحيح». تفسير البغوي (٢/١٩٣).

(٥) ينظر: تهذيب اللغة (٤/٦٤)، ولسان العرب (٢/٦٢٥).

(٦) بدائع الصنائع (٢/٢٧٢)، والحاوي الكبير (٩/٣٢٨).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٠).




أما الشرع: فقول النبي ﷺ: «النكاح رق»[1] والرق إنما يتصور في الأعيان لا في المنافع.

وأما الحكم: فلأن نكاح الصغيرة جائز، ولو كان المعقود عليه منفعة حقيقة وجب أن لا يجوز؛ لأنه لم توجد، ولأن التأبيد من شرطه[2]، ولو كان منفعة حقيقة [١٥٨/ب] لما جاز مؤبدًا؛ لأن المعقود عليه لا بد وأن يكون معلومًا، وإنما يصير معلومًا بالتأقيت.

وأما الحقيقة: فلأن النكاح إنما شرع لطلب الولد[3]، والمنفعة تفضي إلى الولد، فتكون سببًا لحصول الولد، والسبب ملحق بالمسبب، والمسبب عين وهو الولد، فوجب أن يعطى السبب حكم العينية؛ ولأن منفعة البضع شيء شريف، فاللائق بشرفه أن يقتطع حكمه عن المنافع ويلحق بالأعيان، ولأنه لا يجري فيه البذل والإباحة لأنها خلقت مالكة متقومة[4].

الجواب:

قلنا: تمسكهم بالخبر لا يستقيم؛ لأن النبي ﷺ إنما سمى النكاح رقًا بطريق المجاز؛ لأن فيه حبس دائم ومنع لازم، وأما نكاح الصغيرة إنما صح لأنه عقد عمر، فإن لم توجد المنفعة في الحال تصير موجودة في ثاني الحال، بخلاف الإجارة، وأما التأبيد إنما كان من شرطه لتحقيق مقاصد

---

(١) سبق تخريجه في (ص: ١١٣).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٩٥).

(٣) ينظر: الكسب (ص: ٤٣).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٢٣٠).




النكاح ؛ لأن الألفة والصحبة والسكن لا يحصل إلا به.

قولهم: بأن المنفعة سبب للولد.

قلنا: لا نُسَلِّم، فإن الولد إنما يحصل من الماء، غير أن الولد إنما يحصل بعد حصول الماء في الرحم، وذلك باستيفاء المنفعة، واستيفاء المنفعة سبب لحصول الماء في الرحم، أما لحصول الولد فلا.

قولهم: بأن المنفعة شريفة.

قلنا: شرفها يقتضي أن يعطى لها حكم يخالف حكم سائر المنافع مع بقائها على حقيقتها، كالآدمي، حكمه منقطع عن سائر الحيوان مع بقائه على حقيقته، وقد أعطيت لها حكمًا، فقد ظهر شرفها، فلا حاجة إلى إلحاقها بالأعيان لإظهار شرفها، والله أعلم.



|٢٠١| مسألة الخلع[١]:

المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق عندنا[٢]، وعندهم يلحقها في

---

(١) الخلع في اللغة: هو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه. تقول: خلعت الثوب أخلعه خلعا، وخلع الوالي يخلع خلعا. وهذا لا يكاد يقال إلا في الدون ينزل من هو أعلى منه، ينظر: مجمل اللغة (ص: ٣٠٠)، ومقاييس اللغة (٢/٢٠٩). وفي الاصطلاح عرفه الحنفية بأنه: عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع، وعرفه الشافعية بأنه: هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع الاختيار. ينظر: التعليل المختار (٣/١٥٦)، وتبيين الحقائق (٢/٢٦٧)، وروضة الطالبين (٧/٣٧٤)، ومنهاج الطالبين (ص: ٢٢٦).

(٢) ينظر: الأم (٥/٢١٣)، واللباب (ص: ٣٢٥)، والحاوي الكبير (١٠/١٦)، والتهذيب (٥/٥٦٠).



العدة[١] ، وافقنا في الكنايات أنها لا يلحقها[٢] .

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن عمل الطلاق في إزالة ملك النكاح عندنا[٣] ، وعندهم في إزالة حل المحلية[٤] .

❊ دليلنا: أنه طلاق بلا نكاح فلا يصح كطلاق الأجنبية[٥] .

وإنما قلنا: لا يصح ؛ لأن الطلاق لا يخلو إما أن شرع لإزالة الملك أو لحل العقد ؛ فإن شرع لحل العقد فالعقد منحل ، وإن شرع لإزالة الملك فالملك زائل ، والدليل على أنه شرع لإزالة الملك هو أن الطلاق ينبئ عن الإطلاق والتخلية ، يقال: أطلقت البعير [١٥٩/أ] إذا أرسلته وخليته ، وملك النكاح ليس إلا قيد وحبس في جانبها ، والطلاق منبئ عن رفع القيد فيكون منبئًا عن إزالة الملك ، فيكون موجبه إزالة الملك ، لأن موجب التصرف ما ينبئ عنه لفظ التصرف كالحوالة والكفالة والصرف والسلم.

ولهذا إذا وجد الطلاق قبل الدخول توجب زوال النكاح في الحال ، وإنما وجد بعد الدخول فوجب زوال الملك بعد انقضاء العدة ، والتصرف إذا ظهر عمله في شيء فموجبه ذلك العمل ضرورة ، فلأن الطلاق في العمل لا

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٣٤/٥) ، والمبسوط (٨٣/٦) ، وتحفة الفقهاء (١٨٥/٢) ، وبدائع الصنائع (١٣٥/٣) .

(٢) ينظر: المبسوط (٨٣/٦) ، وتحفة الفقهاء (١٨٥/٢) ، وبدائع الصنائع (١٣٥/٣) ، والتهذيب (٥٦٠/٥) ، والبيان (٣٦/١٠) .

(٣) ينظر: الأم (٢١٣/٥) ، والحاوي الكبير (١٧/١٠) ، والتهذيب (٥٦٠/٥) ، والبيان (٣٦/١٠) .

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٣٤/٥) ، والمبسوط (٨٤/٦) ، وبدائع الصنائع (١٣٥/٣) .

(٥) ينظر: الأم (٢١٣/٥) ، والحاوي الكبير (١٧/١٠) ، والتهذيب (٥٦٠/٥) ، والبيان (٣٦/١٠) .




يستغني عن الملك، إما من وجه، وإما من كل وجه، وإذا كان لا يستغني عن ذلك، دل أن موجبه هذا، وإذا ثبت أن موجبه إزالة الملك فنقول: الملك زائل الخلع؛ لأن الخلع لا يخلو، إما أن يكون فسخًا أو طلاقًا؛ إن كان فسخًا فالنكاح إذا انفسخ لا يبقى الملك، وإن كان طلاقًا فهو طلاق بائن، ولا يبقى النكاح مع البينونة؛ لأنه عقد وصلة، والوصلة لا تبقى مع البينونة، ولهذا لا يلحقها الكنايات، ولا فرق بين الصريح والكناية في العمل[1].

◆ ودليلهم: أن الطلاق تصرف يصح بدون زوال ملك النكاح، فلا يشترط الصحة بقاء ملك النكاح كالبيع وغيره من التصرفات[2].

وبيانه بحكمين:

أحدهما: أنَّا أجمعنا على أنه إذا طلقها طلاقا رجعيًا ثم طلقها ثانيًا فإنه يصح الثاني ويقع[3]، ولو كان لإزالة ملك النكاح وجب أن لا يصح؛ لأن الأول واقع، وهو علة تامة لإزالة الملك، فوجب أن لا ينعقد الثاني، كما إذا باع ثم باع، فإنه لا يصح الثاني؛ لأن الأول علة تامة.

والحكم الثاني: أجمعنا على أن الطلاق يبقى بعد الرجعة[4]، ولو كان عمله في إزالة الملك النكاح، وجب أن لا يبقى؛ لأن السبب كما لا يثبت إلا لحكم، فلا يبقى إلا لحكم، ولو كان حكمها إزالة الملك وجب أن لا يبقى؛

---

(١) ينظر: الأم (٥/٢١٣)، الحاوي الكبير (١٠/١٧)، والتهذيب (٥/٥٦٠)، والبيان (١٠/٣٦).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٤)، والمبسوط (٦/٨٤)، وبدائع الصنائع (٣/١٣٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٤)، والمهذب (٣/١٣٥).

(٤) ينظر: المبسوط (٦/٢١)، وبحر المذهب (١٠/١٨٣).




لأن بالرجعة وقع [إلباس][1] عن هذا الحكم، هذا كالبيع فإن البائع إذا باع بشرط الخيار ثم قال: رددت إلى ملكي لا يبقى البيع.

وأما الحقيقة: فهي أن عندكم الطلاق لإزالة الملك، وهو قيد[2]، فعلى زعمكم إنما شرع الطلاق لإزالة القيد، والقيد إذا رفع عن محل فلا يمنع زوال القيد الأول وورود قيد آخر، وها هنا لما منع دل أنه ما وضع لهذا، وإنما وضع لإزالة حل المحلية، وإذا كان عمله في إزالة حل المحلية فالحل باقٍ بعد الخلع، فقلنا: بأنه يصح حتى يعمل في إزالة الحل، وخرج على هذا طلاق الأجنبية، وما إذا طلقها بعد انقضاء العدة، فإنه إنما لا يصح ولا يقع، فإن كان حل المحلية باقٍ [١٥٩/ب] لأن الحل وإن كان قائمًا لكن لا بد له من نوع اختصاص، حتى يتمكن من التصرف في المحل، ولم يوجد ها هنا، بخلاف مسألتنا[3].

الجواب:

قولهم: بأن الطلاق تصرف يصح بدون عمل له في إزالة النكاح.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل ينتزع لإزالة النكاح؛ فكيف يصح بدونه؟!

أما الطلاق الثاني. قلنا: إنما؛ لأن ملك النكاح باق بالاتفاق، وقد وجد محل عمله، فيصح، ويعمل كلاهما جميعًا؛ لأنه يجوز اجتماع الأسباب والعلل على حكم واحد إذا لم يعمل الأول بعد ويعمل الكل، هذا لحرمة الوطء،

---

(١) هكذا كتبت في الأصل.

(٢) ينظر: الأم (٥/١٢٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٣٤)، والمبسوط (٦/٨٤)، وبدائع الصنائع (٣/١٣٥).




فإنه يجوز أن يثبت بأسباب نحو الصوم والإحرام والحيض والنفاس وغير ذلك، وكذا المحسوسات يجوز اجتماع الجراحات على إزهاق روح واحد.

أما بقاء الطلاق بعد الرجعة. قلنا: إنما بقي؛ لأن الطلاق صح لوجود محله، غير أنه طرأ مانع منعه عن العمل، وهو الرجعة، ويجوز أن يثبت السبب ثم يتراخى عنه عمله لمانع، أو يتباعد عن العمل لمانع.

قولهم: بأن السبب كما لا يثبت الحكم لا يبقى إلا الحكم.

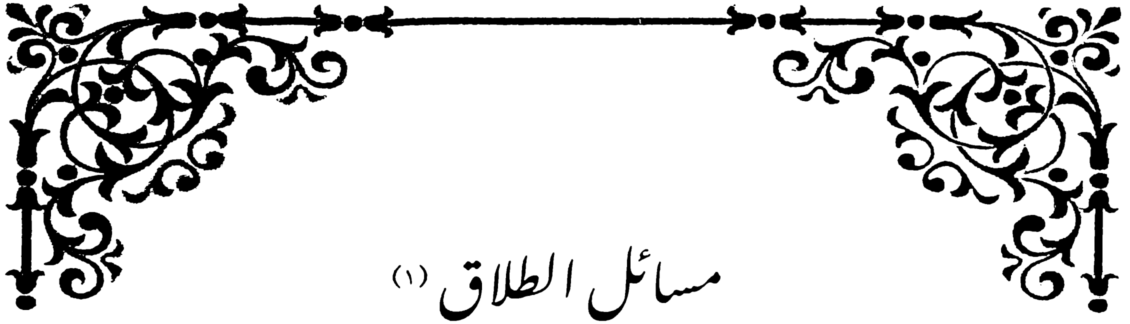
قلنا: ليس كذلك، فإن السبب ثبوته ابتداء لا يكون إلا الحكم، أما بقاؤه لعدم القاطع والرافع لأن الشيء إذا ثبت يبقى إلى أن يوجد معدم له، هذا كالحكم، فإن الحكم ابتداء يستدعي سببًا يثبت به، أما بقاؤه لا يستدعي سببًا بل بقاؤه لعدم القاطع، كذلك السبب، ثم نقول: إنما يبقى لحكم وفائدة، وهو أنه يبقى إلى أن ينضم إليه الثاني، ويعملان في إزالة النكاح بعد انقضاء العدة.

قولهم: بأن الطلاق شرع لإزالة حل المحل.

قلنا: هذا محال لأن الطلاق لإزالة ما ثبت بالنكاح، وحل المحل ما يثبت بالنكاح، بل يثبت بالشرع، فلا يقدر العبد على رفعه، بل زوال حل المحلية بعد الطلاق الثلاث شيء بعيديّ لا يهتدي إليه القياس، وهذا هو الجواب عن قولهم: زوال العبد لا يمنع ورود قيد آخر. قلنا: نعم، أن لو كان هذا معقولًا، وليس بمعقول فإن شيء بعيديّ فوجب علينا اتباع الشرع في ذلك[1]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/١٠).



مسائل الطلاق [1]

|٢٠٢| مسألة:

تعليق الطلاق والعتاق بالملك[2] باطل عندنا[3]، وجائز عندهم[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن تعليق الطلاق سبب للطلاق في الحال، ويمين بالطلاق في الحال عندنا[5]، وعندهم هو يمين محض[6].

دليلنا في المسألة: عبارتان: إحداهما: أنه يمين بالطلاق فلا يصح بدون الملك[7].

وإنما قلنا: يمين بالطلاق؛ لأن هذا يمين شرط وجزاء، والجزاء هو الطلاق.

---

(١) الطلاق لغة: هو إزالة القيد والتخلية، والطلاق: تخلية سبيل المرأة، ينظر: العين (١٠١/٥)، والتعريفات (ص: ١٤١). والطلاق في الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: هو رفع القيد الثّابت شرعًا بالنّكاح، وعرفه الشافعية بأنه: اسم لحل عقد النكاح. ينظر: كنز الدقائق (ص: ٢٦٩)، ومغني المحتاج (٤٥٥/٤).

(٢) صورة المسألة: في رجل قال لامرأة أجنبية عنه: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم تزوجها فدخلت فهل تطلق أم لا؟ ومثله في العتق. ينظر: المبسوط (٩٦/٦)، والحاوي الكبير (٢٥/١٠).

(٣) ينظر: مختصر المزني (٢٩١/٨)، ونهاية المطلب (٣٢٢/١٣)، والحاوي الكبير (٢٥/١٠).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٢٠٠)، والنتف (٣٦٤/١)، والمبسوط (٩٦/٦)، وتحفة الفقهاء (١٩٦/٢)، وبدائع الصنائع (١٣٣/٣).

(٥) ينظر: مختصر المزني (٢٩١/٨)، والحاوي الكبير (٢٥/١٠).

(٦) ينظر: المبسوط (٩٧/٦)، وتحفة الفقهاء (١٩٦/٢)، وبدائع الصنائع (١٣٣/٣).

(٧) ينظر: مختصر المزني (٢٩١/٨)، والحاوي الكبير (٢٥/١٠).




وإنما قلنا: الجزاء طلاق؛ لأن الطلاق [١٦٠/أ] صيغة مخصوصة، وللصيغة معنى مخصوص، وقد وجدت الصيغة بمعناها في هذا الجزاء؛ لأنه إذا تجردت الصيغة عن المعنى لا يصلح أن يكون جزاء، ولأن الطلاق ليس إلا قوله: أنت طالق، وقد وجد هذا اللفظ في الجزاء، إلا أنه أدخل الشرط، والشرط إنما يؤخر فيما يقبل التأخير، وصيغة الطلاق ومعناه لا يقبل التأخير.

أما الحكم: وهو الوقوع، يقبل التأخير، فيؤخر الحكم دون المعنى، فدل أن الجزاء طلاق، فصح أنه يمين بالطلاق.

والثانية: أنه سبب الطلاق، فلا يصح بدون الملك[١].

وبيان أنه سبب هو أن تعليق الطلاق تصرف مشروع، وله حكم مشروع، وحكمه ليس إلا وقوع الطلاق عند وجود الشرط، فدل أنه سبب الطلاق كالبيع بشرط الخيار[٢]، فإنه لما كان تصرفًا مشروعًا وله حكم مشروع، وهو الملك عند وجود الشرط، فلا جرم يكون سببًا للملك، كذلك؛ ولأن وقوع الطلاق تارة يكون منجزًا، وتارة مؤخرًا، وكلاهما إنما يكون بهذا اللفظ؛ أعني قوله: أنت طالق، فالزوج إذا أراد التنجيز أرسل اللفظ، وإذا أراد التأخير علقه بالشرط، والسبب في الموضعين واحد، وهو قوله: أنت طالق، وبأن أخر الوقوع لا يخرج عن كونه سببًا كالبيع بشرط الخيار؛ ولأن وقوع الطلاق عند وجود الشرط إنما يكون بهذا اللفظ من غير زيادة ولا نقصان، لأن عند وجود الشرط إنما وقع الطلاق بقوله: أنت طالق، والشرط لا يؤثر

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩١)، والحاوي الكبير (١٠/٢٥).

(٢) ينظر: المبسوط (١٣/١٧)، ومختصر المزني (٨/١٧٢).




فيه بالنقصان ولا بالزيادة، فدل أنه سبب، فلا يصح بدون الملك(١).

❖ ودليلهم: أنه يمين محض، فلا يشترط لصحته قيام ملك النكاح كسائر الأيمان(٢).

وبيان أنه يمين الاسم والحقيقة:

أما الاسم: فإنه يسمى يمينًا في العرف وسماه الشرع يمينًا؛ حيث قال النبي ﷺ: «ملعون من حلف بالطلاق»(٣).

وأما الحقيقة: فهي أن اليمين ليس إلا كلام يقصد المتكلم به منع نفسه عن المحلوف عليه؛ لأنه قصد بقوله: إن نكحتك فأنت طالق منع نفسه عن النكاح مخافة لزوم الجزاء عند وجود الشرط، فدل أنه يمين، وإذا كان يمينًا فلا يشترط لصحته النكاح؛ لأن محل اليمين نفس الحالف لا ملك النكاح، لأنه قصد به منع النفس فيكون في الحال تصرفًا في نفسه لا في المرأة، حتى يعتبر وجود الملك(٤).

الجواب:

قولهم: يمين محض.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو سبب للطلاق؛ لأن اليمين هي اليمين بالله تعالى،

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩١)، والحاوي الكبير (١٠/٢٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٩٧)، وتحفة الفقهاء (٢/١٩٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٣٣).

(٣) لم أقف على من ذكر هذا الحديث في كتب السنة غير العجلوني ذكره في «كشف الخفاء» (٢/٢١٦)، رقم: ٢٣٣٤، وقال: «لا أعلم له أصلاً عن النبي ﷺ، والله أعلم.

(٤) ينظر: المبسوط (٦/٩٧)، وتحفة الفقهاء (٢/١٩٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٣٣).




أو بصفة من صفاته جل وعلا، أما بغيره فلا[1].

قولهم: سمي يمينًا.

قلنا: [١٦٠/ب] هذا شيء متعارف، والكلام إنما وقع في اليمين الحقيقة، وبأنْ سمي يمينًا مجازًا لا يدل على أنه يمين حقيقة، فإن كثيرًا من الألفاظ تسمى يمينًا في العرف؛ نحو: وحق القرآن، والكعبة، والنبي، والصديق[2]، ولا يكون يمينًا حقيقة.

قولهم: اليمين ما قصد به منع النفس أو حثها على أمر.

قلنا: ليس كل ما قصد به منع النفس يكون يمينًا، وحق الكعبة وأشباهه؛ وهذا لأنه منع بما لا يصلح أن يكون مانعًا، لأن النكاح مباح له.

قولهم: بأن هذا شرط وجزاء.

قلنا: ليس كل ما يكون فيه شرط وجزاء يكون يمينًا؛ كقول القائل: من دخل داري فله كذا، قد وجد الشرط والجزاء، ثم هو ليس بيمين، ثم ولئن سلمنا أنه يمين، لكنه يمين بالطلاق، فهو سبب الطلاق، فلا يصح بدون الملك.

---

(١) ينظر: القاموس الفقهي (ص: ٣٩٦).

(٢) من حلف بغير الله، بأن جرى هذا الحلف على لسانه فهذا هو الشرك الأصغر الذي كان يجري على ألسنة بعض الصحابة، فنهاهم النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن ذلك، وأخبرهم بأن كفارته قول: «لا إله إلا الله»، وهو لا شك أعظم من الكبيرة عند العلماء، أما إن حلف بغير الله، ظاناً أن لهذا المحلوف به تأثير أو تعظيم وليس مجرد ما يجري على اللسان، فهذا شرك أكبر، ومضاهاة لله في تعظيمه وتوحيده نسأل الله العافية، والله أعلم.

قولهم: أن اليمين تصرف في الحالف.

قلنا: اليمين بالله تصرف في نفس الحالف؛ لأن موجبه البر أو الكفارة، وأيهما كان يجب في ذمته الحالف، فيكون تصرفًا في الحالف، أما هذه اليمين تصرف في المرأة؛ لأنه موجبه يظهر في المرأة، وهو وقوع الطلاق عند وجود الشرط، فلا يصح بدون الملك[1]، والله أعلم.



|٢٠٣| مسألة:

الجمع بين الطلقات الثلاث مباح عندنا[2]، وعند بعضهم مكروه، وعند بعضهم محرم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الطلاق في الأصل ملك مباح عندنا، والحظر يعارض أمر[4]، وعندهم ملك محظور في الأصل، والإباحة تعارض أمر[5].

❊ دليلنا: أن الطلقات الثلاث ترك للنكاح في الدوام، فوجب أن يكون مباحًا ومشروعًا كتركه في الابتداء[6].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٨).

(٢) ينظر: الأم (٥/١٤٧)، ومختصر المزني (٨/٢٩٥)، والحاوي الكبير (١٠/١١٧)، والتنبية (ص: ١٧٤)، والمهذب (٣/٧)، ونهاية المطلب (١٤/١٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٦). والمبسوط (٦/٤).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩٥)، والحاوي الكبير (١٠/١٢٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٧)، والمبسوط (٦/٦).

(٦) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩٥)، والحاوي الكبير (١٠/١٢٠).

وبيان أنه ترك: أنه قطع للنكاح، وقطع الشيء يكون تركًا في المستقبل فيكون مباحًا كالابتداء؛ وبالأولى لأن هناك ترك في جميع الأزمان، وها هنا ترك في بعض الأزمان، ثم هناك لما كان مباحًا فلأن يكون مباحًا ها هنا أولى[١].

♦ ودليلهم: أن الطلاق مبغوض الرب، وما كان مبغوض الرب فالاستكثار منه حرام، وربما قالوا: الطلاق ملك محظور، فلا يباح إلا عند الحاجة، كتناول الميتة[٢].

وبيان أنه مبغوض الرب قول النبي ﷺ: «أبغض المباحات إلى الله الطلاق»[٣]، سماه مبغوض الرب؛ ولأن النكاح سماه محبوب الرب، فما هو قاطع له لا بد وأن يكون مسخوطًا، ولأن النبي ﷺ قال: «النكاح سنتي»[٤]،

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/ ٣٧)، والمبسوط (٦/ ٦).

(٣) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطلاق، باب: في كراهية الطلاق، (٢/ ٢٥٥)، برقم: ٢١٧٨، وابن ماجه في سننه، كتاب: الطلاق، باب: حدثنا سويد بن سعيد، (١/ ٦٥٠)، برقم: ٢٠١٨، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ومن حكم هذا الحديث أن يبدأ به في كتاب الطلاق»، وقال البيهقي: «هذا حديث أبي داود وهو مرسل، وفي رواية ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمر موصولا، ولا أراه حفظه». وقال في التلخيص الحبير: إسناده ضعيف، وقال الألباني: حديث ضعيف. ينظر: المستدرك على الصحيحين (٢/ ٢١٤)، والسنن الكبرى (٧/ ٥٢٧)، والتلخيص الحبير (٣/ ٤١٧). إرواء الغليل (٧/ ١٠٦).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في فضل النكاح، (١/ ٥٩٢)، برقم: ١٨٤٦، وأصله في الصحيحين من حديث أنس بن مالك: من قوله ﷺ «أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني» وقال في التلخيص الحبير: في إسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف،=




وقطع السنة يكون مبغوضًا، وما كان مبغوضًا يكون محظورًا أو حرامًا؛ ولأن النكاح يشتمل [١٦١/أ] على مصالح دينية ودنيوية، وما كان سبيله هذا فقطعه يكون حرامًا محظورًا، إلا أنَّا جعلناه محظورًا وحرامًا بوصفه لا بأصله؛ لأنَّا إذا جعلناه محظورًا بأصله انعدم الأصل، وإذا انعدم الأصل لا يمكن القول بترتب الوصف عليه، فجعلناه حرامًا بوصفه، غير أنه هذا وصف لازم لا ينفصل عنه إلا لضرورة وحاجة، إلا أنا لا نعتبر حقيقة الحاجة، وإنما نعتبر سبب الحاجة، وحالة الحاجة، ولهذا قلنا: [تقييد][1] الإباحة يظهر لإجماع فيه؛ لأنه زمان الحاجة، وحالة الحاجة[2].

الجواب:

قولهم: الطلاق مبغوض الرب تعالى.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو مباح؛ لأنه تصرف شرعه الله تعالى، وما شرعه الله تعالى كيف يكون مبغوضًا.

وأما الخبر، قلنا: هو مرسل على أنه حجة عليكم؛ لأنه سماه مباحًا، وإنما سماه مبغوضًا لأن تركه أولى، لا لأنه حرام؛ كقوله ﷺ: «إن الله تعالى يبغض الصحيح الفارغ»[3]، وأراد به ترك الأولى، وكذلك المراد بقوله ﷺ:

= وقال الألباني: حديث صحيح. ينظر: التلخيص الحبير (٢٤٩/٣)، وسلسلة الأحاديث الصحيحة (٤٩٧/٥).

(١) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة «تنفيذ» وهذه الكلمة لايستقيم فيها السياق؛ والصحيح ما أثبته في المتن؛ لأجل استقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧/٥)، والمبسوط (٦/٦).

(٣) لم أقف على من ذكر هذا الحديث في كتب السنة بهذا اللفظ؛ ولكن ذكره السبكي، في كتابه=

«يبغض الحبر[1] السمين»[2].

قولهم: الطلاق قطع السنة.

قلنا: ليس كذلك، بل هو قطع المباح؛ لأن النكاح مباح كسائر العقود، والمراد بقول النبي ﷺ: «النكاح سنتي»[3]، أي: طريقتي وشريعتي[4].

قولهم: بأنه قطع المصالح؛ لأن في النكاح مصالح.

قلنا: بأن كان فيه مصالح لا يدل على أن قطعه حرام، كسائر التصرفات، فإنها شرعت لمصالح، ومع ذلك قطعها مباح، وكان الفقه فيه، وهو أن مصلحة النكاح ليست قطعية، بل هي محتملة، ربما تكون، وربما لا تكون، ولا يطلع عليها إلا الزوج، فيفوض إليه إن وجد مصلحة بقّاه، وإن لم يجدها قطعه، فإقدامه على الطلقات الثلاث دليل على أنه ما وجد مصلحة، فيباح القطع[5]، والله أعلم.



= طبقات الشافعية بلفظ: «إن الله يبغض الشَّاب الفارغ»، وقال: لم أجد له إسنادا. ينظر: طبقات الشافعية (٦/٣٥٩).

(١) الحبر: هو العالم، ذميا كان أو مسلما، بعد أن يكون من أهل الكتاب. ينظر: لسان العرب (٤/١٥٧)، وتاج العروس (١٠/٥٠٣).

(٢) أخرجه البيهقي في الشعب في الفصل الثاني في ذم كثرة الأكل، (٧/٤٥٩)، برقم: ٥٢٨٠، وقال البيهقي: هو حديث حسن.

(٣) سبق تخريجه في (ص: ٢٤٦).

(٤) ينظر: الكليات (ص: ٤٩٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٢٢).

٢٠٤| مسألة:

الكنايات كلها رواجع عندنا[١]، وعندهم بوائن[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الإبانة ليست بمملوكة للزوج على الإطلاق عندنا[٣]، وعندهم مملوكة له على الإطلاق[٤].

❊ دليلنا: أن الواقع طلاق، ومن حكم الطلاق استعقاب الرجعة[٥].

بيان أن من حكم الطلاق استعقاب الرجعة النص والحكم:

أما النص: فقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[٦].

وأما الحكم: فلأن الصريح يستعقب الرجعة، فكذا الكناية، فدل أن حكم الطلاق استعقاب الرجعة[٧].

والدليل على أن الواقع هو الطلاق، الحقيقة والحكم:

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٠)، ونهاية المطلب (١٤/٧١)، والتهذيب (٦/٣٥)، والبيان (١٠/١٠٩).

(٢) ألفاظ الكناية الباطنة وهي ثلاثة ألفاظ: اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة، اتفقوا على أنهن رواجع، والخلاف في بقية ألفاظ الكناية، وتسمى بالظاهرة. ينظر: الأصل (٤/٤٥١)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٥٨)، ومختصر القدوري (ص: ١٥٥)، والمبسوط (٦/٧٣)، وتحفة الفقهاء (٢/١٨٥)، وبدائع الصنائع (٣/١١٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦١)، والبيان (١٠/١٠٩).

(٤) ينظر: المبسوط (٦/٧٤)، وبدائع الصنائع (٣/١١٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦١)، والبيان (١٠/١٠٩).

(٦) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

(٧) ينظر: المبسوط (٦/٧٤)، الحاوي الكبير (١٠/١٦١).

أما الحقيقة: فهي أن هذا اللفظ عمله في قطع النكاح [١٦١/ب]، والجهة المشروعة لقطع النكاح هو الطلاق، خصوصًا على أصلكم، فإنكم بينتم بأن ملك النكاح ملك ضروري لا يظهر إلا في الطلاق للضرورة؛ لأن الحاجة تندفع بالظهور فيه(١).

وأما الحكم: أجمعنا على أن هذا اللفظ لا ينفك عن وقوع الطلاق، ولهذا المعنى أنه يحتاج إلى نية الطلاق، وينتقض به عدد الطلاق(٢)، فلولا أن الواقع هو الطلاق، وإلا لوجب أن تحصل الفرقة بمجرد اللفظ، ولا يحتاج إلى النية؛ لأنه يتصور مثل ذلك، كالمحرمية إذا طرأت حصلت الفرقة من غير طلاق(٣)، فلما احتاج دل أن الواقع هو الطلاق، فوجب أن يعقب الرجعة.

وكان الفقه فيه وهو أن عقد النكاح عقد شريف، ولهذا المعنى الشرع عدّد الطلاق إظهارًا لشرفه؛ كيلا يمكن رفعه دفعة واحدة، فلا يبنغي أن يكون العقد مشروعًا لأنه إسقاط، والإسقاط لا يتعدد، لكن الشرع إنما شرع العدد إظهارًا لشرفه، فإذا أقدم على الطلاق فالشرع أثبت الرجعة إظهارًا لشرفه حتى يميّز هذا العقد من بين سائر العقود(٤).

❁ ودليلهم: مالك للبينونة، أضاف البينونة إلى محل قابل للإبانة، وهو من أهل الإبانة، فوجب أن تصح الإبانة؛ لأن الأصل أن التصرف إذا وجد

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/٧٤)، وبدائع الصنائع (٣/١١٢).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣/١٠٦)، والإقناع (ص: ١٤٦).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٢/٢٩٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦١)، والبيان (١٠/١٠٩).

من الأهل وصادف المحل لا بد من القول بالصحة[١].

وبيان مالكية الإبانة الحقيقة والحكم:

أما الحكم: إذا طلقها قبل الدخول بها حصلت الإبانة، فإذا كان قبل الدخول ملك الإبانة، كذلك يملكها بعد الدخول؛ لأنه لا فرق، وكذلك لو طلقها وتركها حتى انقضت عدتها حصلت الإبانة[٢].

وإنما حصلت لقوله: أنت طالق، لا بانقضاء العدة؛ لأنه لا تأثير له، وكذلك بالخلع يملكها فلولا أنه مالك، وإلا لما ملك الخلع؛ لأن الخلع ليس إلا طلاق بعوض[٣]، ودخول العوض ليس له تأثير في تمليك ما ليس بمملوك له.

وأما الحقيقة: فهي أن الإبانة إنما تكون لقطع الوصلة، والوصلة مملوكة، فقطعها تكون مملوكة له على الإطلاق، وبيان أنه أهل لأنه تصرف من حيث القول يستدعي صحة القول على الإطلاق، وهو صحيح القول على الإطلاق[٤].

الجواب:

قولهم: مالك للبينونة.

قلنا: على الإطلاق، أم بطريق مخصوص، إن قلتم على الإطلاق فممنوع؛

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/٧٤)، وبحر المذهب (١٠/٤٧).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٧٤)، وبدائع الصنائع (٣/١١٢).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٦٣)، والمبسوط (٦/١٧٣).

(٤) ينظر: المبسوط (١٢/٥٧)، والتهذيب (٤/٥٢٧).




لأن العبد لا يملك تصرفًا ما على الإطلاق، وإنما يملك بشرائط وبطريق مخصوص، طريقه المخصوص هو عند استيفاء العدد [١٦٢/أ] أو قبل الدخول أو بعوض، فإذا لم يأت به لا يكون آتيًا بما هو مملوك له فلا يصح، وهذا لأن البينونة وإن كانت مستفادة بالملك، لكن الشرع لما بين له طريقًا يجب اتباع الشرع في ذلك الطريق؛ لأن طرق المشروعية من جهة الشرع وجب اتباعها؛ ألا ترى في باب الهبة لو أراد التمليك قبل القبض لا يتمكن(١)؟! من ذلك أن المال مملوك له، وهو من أهل التمليك، ولكن الشرع لما بين له طريقًا، وهو القبض فقبله لا يتمكن، كذلك ها هنا، ولأنه إنما ملك بقوله: أنت بائن، ما ملك بقوله: أنت طالق، وبقوله: أنت طالق، لا يملك بينونة ناجزة في الحال، وإنما يملك بينونة مؤخرة إلى حالة انقضاء العدة، كذلك ها هنا.

وخرج على هذا هذه المسائل؛ لأنه في هذه المسائل ملك بينونة ناجزة بقوله: أنت طالق، كذلك ملك بقوله: أنت بائن، بخلاف مسألتنا، والله أعلم.



|٢٠٥| مسألة:

إذا قال لامرأته: أنت طالق، أو طلقتك، ونوى به الثلاث يقع عندنا(٢)، وعندهم يقع طلقة(٣).

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/٧٤)، وبدائع الصنائع (٣/١١٢).

(٢) ينظر: الأم (٥/١٤٩)، والحاوي الكبير (١٠/١٦٢)، والتنبية (ص: ١٧٥)، والمهذب (٣/١٤)، وبحر المذهب (١٠/٤٨).

(٣) ينظر: النتف (١/٣٢٧)، والجامع الصغير (ص: ١٩٣)، والمبسوط (٦/٧٦)، وتحفة الفقهاء (٢/١٧٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٢).




ومدار المسألة تحقيقًا: على أن هذا اللفظ يحتمل العدد عندنا[1]، خلافا لهم[2].

❊ دليلنا: أنه نوى بلفظه ما يحتمله لفظه، فوجب أن يصح، كما لو قال: أنت طالق طلاقًا[3].

وبيان أنه يحتمل هو أنه يصح الاستفسار عن هذا اللفظ، ويستحسن أن يقال: كم أردت به إذا سمع ممن يقول لامرأته طالق، فلولا أنه محتمل للعدد، وإلا لما حسن الاستفسار، ولأنه يصح تفسير اللفظ بالثلاث، فإنه إذا قال: أنت طالق ثلاثًا يصح[4].

وقوله: ثلاثًا، تفسير؛ لأنه نصب على التفسير، ولأن قوله: أنت طالق، ليس بإيقاع من اللفظ، بل هو وصف، إلا أن الشرع جعله إيقاعًا تصحيحًا لكلامه، وتصحيحًا لهذا الوصف، وكما أن تصحيحه أمكن بجعله إيقاعًا في طلقة واحدة، أمكن بجعله إيقاعًا في طلقتين وثلاث طلقات؛ لأنه كما يجوز أن توصف المرأة بصفة الطالقية بطلقة واحدة، يجوز أن توصف بصفة الطالقية بطلقتين وثلاثة.

فإذا جاز على هذا الوجه يمكن تصحيحه العدد بهذا الطريق؛ لأن قوله: أنت طالق، معناه: أنت طالق طلاقًا؛ وبيان أن المعنى هذا أنه لو تجرد هذا

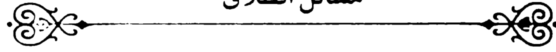
---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٢)، والمهذب (٣/١٤)، وبحر المذهب (١٠/٤٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٧٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٢)، والمهذب (٣/١٤)، وبحر المذهب (١٠/٤٩).

(٤) ينظر: التنبية (ص: ١٧٦)، والمهذب (٣/١٥).



اللفظ عن هذا المعنى يلغو، فإذا كان معنى هذا اللفظ هذا، فقوله: طلاقًا محتمل للعدد، بدليل أنه لو صرح به ونوى العدد يصح(١).

♦ **ودليلهم**: أنه نوى بلفظه ما يحتمله لفظه، فوجب أن يلغو بنيته [١٦٢/ب]، كما إذا قال: اسقني والماء خارج البيت، ونوى الثلاث(٢).

وبيان أنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأنه إذا نوى العدد بقوله: أنت طالق، واللفظ لا يحتمل العدد؛ لأن هذا اللفظ نعت فرد، ونعت الفرد لا يحتمل العدد(٣)؛ كقوله: أنت قائم، أو أنت قاعد؛ ولأن القعود متحدة في نفسها، فإذا وصف بنعت لا يمكن وصفه بذلك النعت ثانيًا؛ لأنه لا يتصور بعد الأوصاف من جنس واحد كالسواد والبياض.

ولأن العدد صيغ معلومة كاثنين وثلاثة(٤)، ولم توجد ها هنا صيغة العدد؛ ولأن التعديد لا يمكن إظهاره في نفس اللفظ، ولو أظهر إنما يظهر في المحل، يقال: طالق، وطالقان، وطوالق، وهذا اسم المرأة لا اسم الطلاق، ولو كان اللفظ محتملًا للعدد لظهر التعديد في نفس اللفظ.

وخرج على هذا ما إذا قال: أنت طالق طلاقًا، أو أنت الطلاق، ونوى الثلاث، إنما وقع الثلاث(٥)؛ لأنه إذا قال: الطلاق، وأدخل الألف واللام،

---

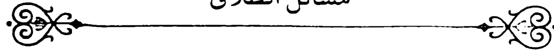
(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٢)، والمهذب (٣/١٤)، وبحر المذهب (١٠/٤٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٧٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٣).

(٣) الصحيح أنه يحتمل العدد، قال في إرشاد السالك: «الحال شبيهة بالخبر، والنعت، فيجوز أن تتعدد وصاحبها مفرد، وأن تعدد وصاحبها متعدد». فالأول نحو: «جاء زيد راكباً ضاحكاً»، ينظر: إرشاد السالك (١/٥٠).

(٤) ينظر: تهذيب اللغة (١/٦٩)، ومقاييس اللغة (٤/٣١).

(٥) ينظر: المبسوط (٦/٧٦)، ونهاية المطلب (١٤/١٥٤).



وهما إنما يدخلان في الكلام لاستغراق الجنس، والجنس له عموم وخصوص[١]، فإذا نوى الثلاث فقد قصد به العموم فصح ؛ لأن اللفظ يحتمل العدد بهذا الطريق، وإذا قال طلاقًا قصد به العموم فيصح[٢].

الجواب:

قولهم: نوى بلفظه ما لا يحتمله لفظه.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: هذا نعت فرد.

قلنا: لغة أم شرعًا ؛ إن قلتم لغة فمسلم، وإن قلتم شرعًا فلا نُسَلِّم، بل الشرع جعله إيقاعًا والإيقاع محتمل للعدد.

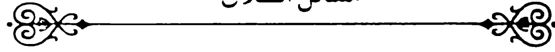
قولهم: بأن الشرع جعله إيقاعًا باعتبار الحاجة.

قلنا: ليس كذلك، بل هذا اللفظ في وضع الشرع وضع للانتفاع، لا أنه مغير مبدل، فإذا أطلق ينصرف إلى الوقوع شرعًا، لا إلى الوضع لغة كالصوم والصلاة وغير ذلك، ثم ولئن سلمنا ما قلتم، لكن لا نقول بأن النعت يتكرر، بل نقول: وقوع الطلاق عليها قابل للتكرار لتحقيق هذا النعت ؛ لأنها توصف بهذا النعت عند وقوع الثلاث، كما توصف عند وقوع الواحدة، فهذا نعت تصير المرأة منعوتة بها عند وقوع الثلاث، كما تصير منعوتة بها عند وقوع الواحدة، فيحتمل العدد من هذا الوجه.

---

(١) ينظر: درة الغواص (ص: ١٧٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٧٦)، وبدائع الصنائع (٣/١٠٣).



قولهم: بأن العدد لا يظهر في نفس اللفظ.

قلنا: نحن لا نظهر العدد في نفس اللفظ، لكن ندعي من وجه آخر، وهو أن هذا وصف يوجد في المرأة بوقوع الثلاث، كما يوجد وقوع الواحدة. فإن قيل: هذا احتمال يرجع إلى المعنى. قلنا: ليس كذلك، بل هذا احتمال يرجع [١٦٣/أ] إلى اللفظ؛ لأن اللفظ وصف المرأة بهذا، وقد بَيَّنَّا أن هذا وصف توصف المرأة بهذا لوقوع الثلاث، كما توصف بوقوع الواحدة[١]، والله أعلم.



|٢٠٦| مسألة:

إذا قال لأمته: أنت طالق، ونوى لها العتاق عتقت عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن لفظ الطلاق [يحتمل][٤] العتاق عندنا[٥]، وعندهم لا يحتمل[٦].

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٣)، وبحر المذهب (١٠/٤٩).

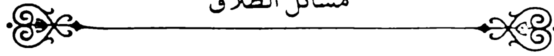
(٢) ينظر: مختصر المزني (٨/٢٩٦)، والحاوي الكبير (١٠/١٦٤)، والمهذب (٣/١٣)، ونهاية المطلب (١٤/٦٨)، وبحر المذهب (١٠/٥٠).

(٣) ينظر: المبسوط (٧/٦٣)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٥٧)، وبدائع الصنائع (٤/٥٤).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة «يجعل»؛ لكن فيما يبدو لي أنه خطأ من سهو الناسخ، والصواب أن نقول: «يحتمل»؛ لأنه أقرب إلى المعنى، وكذلك يؤيد ما ذهبت إليه، الجملة التي بعدها وهي لفظة «لا يحتمل»، في قوله: «وعندهم لا يحتمل»، والله أعلم.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٤)، وبحر المذهب (١١/٥١)، والبيان (١٠/٩٥).

(٦) ينظر: المبسوط (٧/٦٤)، وبدائع الصنائع (٤/٥٤).



❊ دليلنا: أنه نوى بلفظه ما يحتمله، فوجب أن يصح[1]، كما إذا قال لزوجه: أنت حرة، ونوى به الطلاق[2].

وبيان الاحتمال اللغة والشرع:

أما اللغة: فلأن العتاق للتخليص، يقال: اللهم أعتق رقبتي، يعني خلصني، وسميت الكعبة البيت العتيق لتخلصها عن أيدي الجبابرة، ولأن التحرير والإعتاق واحد، والتحرير عبارة عن التخليص، يقال: حررت العصفور إذاخلصته[3].

وأما الطلاق في اللغة: عبارة عن الإطلاق، ورفع القيد، ورفع القيد تخليص[4]، وأما الشرع: لأن الطلاق إنما وضع لإزالة الملك والإسقاط، ـ والعتاق وضع لذلك أيضًا[5]، ولهذا جاز تعليق كل واحد منهما [بالعذر والحظر][6]، فكل واحد منهما مبني على الغلبة والسراية، فدل أن كل واحد منهما في معنى صاحبه، فهذا ما يتعلق بوجود المشابهة في معنى اللفظ، وقد وجد المشابهة بينهما في المحل أيضًا؛ لأن محل العتاق الرق، ومحل الطلاق

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٤/١٠)، وبحر المذهب (٥٠/١١)، والبيان (٩٥/١٠).

(٢) قال السرخسي: «وعلى هذا لو قال لها أنت حرة لأن فيه معنى إزالة الملك فإن النكاح رق وحريتها عنه تكون بإزالته»، وقال العمراني: «وإن قال لامرأته: أنت حرة، ونوى به الطلاق.. كان طلاقا، وإن قال لأمته: أنت طالق، ونوى به العتق.. كان عتقا؛ لأن لفظ الطلاق يتضمن إزالة ملك الزوجية»، المبسوط (٧٥/٦)، والبيان (٩٥/١٠).

(٣) ينظر: مقاييس اللغة (٢٢٠/٤)، وتاج العروس (٥٨٨/١٠).

(٤) ينظر: حلية الفقهاء (ص: ١٧٢)، ومقاييس اللغة (٤٢٠/٣).

(٥) ينظر: التعريفات (ص: ١٤١).

(٦) هكذا كتبت في الأصل.




الرق أيضًا ؛ لأن النكاح رق على ما ورد ، فإذا ثبت المشابهة يجوز أن يكون أحدهما كناية عن صاحبه ، ولهذا إذا قال لامرأته: أنت حرة ، ونوى به الطلاق وقع ، ولولا وجود المشابهة بينهما ، وإلا لما صح ، ولما وقع ، والمشابهة تشتمل الجانبين[(١)] .

❖ **ودليلهم**: أنه نوى بلفظه ما لا يحتمله فيلغو ، كما لو استثنى ونوى به العتق[(٢)] .

وبيان ذلك أنه نوى العتاق بلفظ الطلاق ، والطلاق لا يحتمل معنى العتاق ؛ لأن الطلاق وضع للتخلية ورفع القيد وإزالة الملك ، والعتاق وضع لإحداث قوة شرعية ؛ والدليل على أن العتاق وضع لهذا اللغة والمعنى والحكم:

أما اللغة فإنه يقال: عتق الطير إذا قوي وطار عن وكره[(٣)] ، ويقال: للكواسب[(٤)] وكبار الطيور عواتق .

وأما المعنى: فلأن الرق عبارة عن الضعف ، يقال: رق دين فلان أي ضعف ، ويقال: ثوب رقيق أي ضعيف النسج ، والعتاق ضد الرق ، إذا كان الرق عبارة عن الضعف ، فلا بد وأن يكون العتاق عبارة عن القوة .

والشرع أيضًا يدل على ذلك ؛ لأن الرق إذا طرأ على المحل يصير

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٦٤) ، وبحر المذهب (١١/٥٠) ، والبيان (١٠/٩٥) .
(٢) ينظر: المبسوط (٧/٦٤) ، وبدائع الصنائع (٤/٥٤) .
(٣) ينظر: العين (١/١٤٦) ، ومقاييس اللغة (٤/٢٢٠) .
(٤) الكواسب: الجوارح من الطير والسباع والكلاب: وهي ذوات الصيد لأنها تجرح لأهلها أي تكسب لهم . ينظر: تهذيب اللغة (٤/٨٦) ، ولسان العرب (٢/٤٢٣) .

المحل مسلوب الحرية والمالكية وأهلية الشهادة وغير ذلك، وبالعتاق استفاد المالكية والحرية، وهذه الأشياء قوى من حيث [١٦٣/ب] المعنى، بخلاف الطلاق، فإن المرأة بعقد النكاح لا تصير مسلوب المالكية والحرية وأهلية [...][1] بل تبقى هذه الأشياء بعد النكاح، إلا أن بالنكاح ظهر نوع حجر ومنع عجزت المرأة عن استعمال تلك القدرة.

فبالطلاق زال الحجر والمنع وعادت المرأة إلى ما كانت، لا أنه استفاد بالطلاق قوة لم تكن، ونظير الطلاق المحبوس، فإنه بالحبس يصير عاجزاً عن استعمال القدرة باعتبار مانع طرأ، فإذا زال الحبس ينطلق بقوته الأصلية، لا أنه حدث قوة لم تكن، ونظير العتاق المريض، فإنه إذا مرض حدث له بالمرض ضعف، وإذا برأ وصح تحدث له قوة لم تكن.

وإذا ثبت أن الطلاق لرفع القيد، والعتاق لإحداث القوة والقدرة، فلم يكن للطلاق في معنى العتاق، فلا يحصل به العتق، ولا يمكن أن يجعل كناية؛ لأن اللفظ إنما يجعل كناية عن لفظ إذا وجد بينهما اتصال من حيث السببية، أو مشابهة في المعنى الخاص.

وخرج على هذا ما إذا قال لامرأته: أنت حرة ونوى الطلاق[2]؛ لأن

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة لا تقرأ؛ لكن فيما يبدو لي أن اللفظة هي قوله: «الشهادة»؛ لأنه أقرب إلى سياق المعنى، وكذلك يؤيد ذلك، الكلام الذي قبله في قوله: «لأن الرق إذا طرأ على المحل يصير المحل مسلوب الحرية والمالكية وأهلية الشهادة»، والله أعلم.

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٧٥)، والبيان (١٠/٩٥).




هناك لم يقع الطلاق لوجود المشابهة في المعنى الخاص، لكن باعتبار أنه وجد الاتصال من حيث السببية، فإن العتق سبب لزوال ملك الرقبة، وإزالة ملك الرقبة سبب لزوال ملك المنفعة، والطلاق سبب لزوال ملك المنفعة[(١)].

الجواب:

قولهم: نوى ما لا يحتمله لفظه.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن الطلاق لرفع القيد والعتاق إحداث القوة.

قلنا: لا نُسَلِّم أنه مبني عن إحداث القوة، بل مبني عن التخليص على ما بَيَّنَّا، وكذلك الطلاق على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الرق عبارة عن الضعف.

قلنا: ليس كذلك، بل الرق عبارة عن ملك في الآدمي، ولئن قلنا: عبارة عن الضعف، لكن هذا الضعف إنما وجد بالملك، فبالعتاق زال الملك فزال الضعف، لا أنه يحدث به قوة.

قولهم: بأن الرق صار مسلوب الحرية والمالكية.

قلنا: بلى، لكن إنما صار ذلك لضرورة كونه مملوكًا، وبالإعتاق زال الملك فظهرت المالكية والحرية، لا باعتبار العتق، لكن ظهرت باعتبار الآدمية؛ وبيان ذلك وهو أن الطلاق إنما وضع لرفع المانع الذي يمنعها من

---

(١) ينظر: المبسوط (٧/٦٤)، وبدائع الصنائع (٤/٥٤).

استعمال الحرية والمالكية، والعتاق إنما وضع لرفع المانع من ظهور الحرية والمالكية؛ لأن الله تعالى خلق الآدمي في الأصل مالكًا حرًا، إلا أنه إذا ضرب الرق عليه فالرق منع ظهور الحرية والمالكية، فإذا زال الرق ظهرت الحرية بأصل الآدمية لا بالإعتاق [١٦٤/أ] كالطلاق، فدل أنهما يستويان[١]، والله أعلم بالصواب.



|٢٠٧| مسألة:

إذا قال لامرأته: أنا منك طالق يصح[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن عقد النكاح يشتمل الزوجين عندنا، فالزوج محل كالمرأة[٤]، وعندهم المحل هي المرأة دون الرجل[٥].

❊ دليلنا: أضاف الطلاق إلى محله فيقع كما لو أضافه إليها[٦].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن محل الطلاق ما هو محل النكاح، والزوج محل النكاح؛ الدليل عليه الشرع واللغة والحكم والحقيقة:

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٥/١٠)، وبحر المذهب (٥١/١٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٧/١٠)، والتنبية (ص: ١٧٥)، والمهذب (٨/٣)، وبحر المذهب (٤٤/١٠)، والتهذيب (٣١/٦)، والبيان (٨٧/١٠).

(٣) ينظر: الأصل (٤٥٤/٤)، والمبسوط (٧٨/٦)، وبدائع الصنائع (١٤١/٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٨/١٠)، والمهذب (٨/٣)، وبحر المذهب (٤٥/١٠)، والبيان (٨٧/١٠).

(٥) ينظر: الأصل (٤٥٤/٤)، والمبسوط (٧٩/٦)، وبدائع الصنائع (١٤١/٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٨/١٠)، والمهذب (٨/٣)، وبحر المذهب (٤٥/١٠)، والبيان (٨٧/١٠).




أما الشرع: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1]، أضاف النكاح إليها إضافة العقد إلى [المتأنيين][2]، وإذا كانت المرأة عاقدة كالزوج معقود عليه ضرورة.

أما اللغة: فلأن النكاح عبارة عن الانضمام[3]، والتزويج عبارة عن الازدواج[4]، وذاك يحصل بهما، فهما كمصراعي الباب وزوجي خف[5]، فجعل كلا الزوجين كشخص واحد، فيكون النكاح مشتركًا بينهما.

وأما الحكم: فلأنه يشترط تسميتهما في النكاح لولا أنهما ركنان، وإلا لما شرط ذلك ولأن عقد النكاح ينتهي بموت كل واحد منهما، فلولا أن الزوج ركن في الباب كالمرأة، وإلا لما انتهى؛ ألا ترى أن البيع لا ينتهي بموت البائع؛ لأنه عاقد وليس بمعقود عليه؟!.

وأما الحقيقة والمعنى: فلأن موجب النكاح لا يخلو؛ إما الحل، وإما ملك الحل، إن كان الحل فهو يشملهما، وإن كان ملك الحل فهو أيضًا

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٣٠.

(٢) هكذا كتبت في الأصل.

(٣) ينظر: مجمل اللغة (ص: ٨٨٤)، ومقاييس اللغة (٥/٤٧٥).

(٤) ينظر: تهذيب اللغة (١١/١٠٥)، ولسان العرب (٢/٢٩٢).

(٥) بيان ذلك أن «مصراعي الباب» هو شق الباب، يعني: باب مكون من شقين فوجد بأحد الشقين عيباً فأراد أن يرده، فقال البائع لا يمكن أن ترده يقبل قول البائع؛ لأن في ذلك ضرراً عليه. قوله «زوجي خف» الرجلان يحتجان إلى خفين اشترى خفين ليلبسهما فوجد في أحد الخفين عيباً فهل يرده وحده؟ لا؛ لأن في ذلك ضرراً على البائع فنقول إما أن ترد الجميع أو تأخذ الأرش، لو قال المشتري أنه ليس له إلا رجل واحدة، ويريد أن يرد الثانية؛ قلنا: ولو كان كذلك؛ لأن الضرر باقي على البائع. ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢٣٠)، وبحر المذهب (٥/٤٠).




شملهما ؛ لأن ملك الحل ينبني على الحل ، ولأن ملك الحل ليس إلا التمكن من الاستمتاع ، والمرأة متمكنة من الاستمتاع كالرجل ، فدل أن الملك يشملهما ، والدليل عليه أن المرأة متمكنة من المطالبة ، والمطالبة مطالبة باستيفاء المستحق بالعقد ، فلولا أن الاستحقاق ثبت لهما ، وإلا لما ثبتت المطالبة لهما[١].

❁ ودليلهم: أضاف الطلاق إلى غير محله ، فلا يصح ، كما لو أضاف إلى الأجنبية[٢].

وبيان ذلك أن محل الطلاق هي المرأة لا الزوج ، لأن محل الطلاق ما هو محل النكاح ، ومحل النكاح هي المرأة لا الزوج ، وبيان ذلك الشرع والمعنى ؛ أما الشرع: فقول النبي عليه ﷺ: «النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته»[٣] فالنبي ﷺ جعل النكاح رقًا ووصفه في جانب المرأة.

وأما المعنى: فلأن محل [١٦٤/ب] النكاح ما يظهر حكم النكاح فيه ، وحكم النكاح إنما يظهر في المرأة ؛ لأن حكم النكاح الملك ، [وهي][٤] إنما يعرف بظهور [...][٥] وأثره إنما يظهر في حق المرأة ، فإنها هي المحبوسة

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٥٨) ، والمهذب (٣/٨) ، وبحر المذهب (١٠/٤٥) ، والبيان (١٠/٨٧).

(٢) ينظر: الأصل (٤/٤٥٤) ، والمبسوط (٦/٧٩) ، وبدائع الصنائع (٣/١٤١).

(٣) سبق تخريجه في (ص: ١١٣).

(٤) الصحيح أنها تكتب «وهو» ؛ لأن الضمير يرجع إلى حكم النكاح وهو الملك. والله أعلم.

(٥) في هذا الموضع أيضا في المخطوط يوجد كلمة غير مقروءة ، وبعد التحقق تبين أنها «أثره» ؛ لأن المؤلف قد بينها في طي جوابه على المخالف ، والله أعلم.

عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر؛ ولأن الملك عبارة عن القدرة الشرعية، والقدرة للزوج على المرأة، لا للمرأة على الزوج.

ولأن للملك أثرين: أحدهما: الإطلاق للمالك، والثاني: الحجر على غير المالك، وها هنا الإطلاق للزوج، وهو فعل الوطء، وهو الفاعل، والمرأة محل، والحجر إنما وجد في حق المرأة لأنها المحبوسة، فدل أن الملك يختص بالمرأة، فيختص الطلاق بجانبها، فدل أن الرجل ليس بمحل للطلاق، فلا يصح إضافته إليه[١].

الجواب:

قولهم: إضافة إلى غير محل.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن محل الطلاق ما هو محل النكاح.

قلنا: مسلم.

قولهم: بأن الزوج ليس بمحل النكاح.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي محل على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن النبي ﷺ سمى النكاح رقًا، ووضعه في جانبها.

قلنا: إنما سماه رقًا مجازًا، لأن فيه حبس، والحبس يختص بجانبها، فلهذا جعل في جانبها.

---

(١) ينظر: الأصل (٤/٤٥٤)، والمبسوط (٦/٧٩)، وبدائع الصنائع (٣/١٤١).




قولهم: أن ملك النكاح يعرف بأثره، وأثره يظهر في حق المرأة، وهو المنع والحبس من الخروج والبروز.

قلنا: هذه الآثار ليست من قضية النكاح؛ لأنَّا إذا نظرنا في قضية النكاح فلا يقتضي المنع، لأن قضية النكاح ملك المنفعة، وهذه منفعة لا تستوفى في كرور الأيام والساعات، بل هي مبنية على النشاط فتستوفى في يوم دون يوم.

فإيراد العقد على هذا المحل لا يمنع إيراد عقد آخر عليه، فدل أنه ليس من قضية النكاح، وإنما شرع لحفظ الماء عن الاختلاط، وهذا إنما يكون في جانب المرأة، فيختص بجانبها لهذا المعنى.

قولهم: بأن الإطلاق للزوج والمنع للمرأة.

قلنا: هذا بناء على أن الفاعل هو الرجل دون المرأة، وليس كذلك، بل كل واحد منهما، فاعل على ما هو معلوم(١)، والله أعلم.



٢٠٨| مسألة:

إضافة الطلاق إلى اليد وغيرها من الأجزاء المعينة صحيحة عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٩/١٠)، وبحر المذهب (٤٥/١٠).

(٢) ينظر: مختصر المزني (٢٩٨/٨)، والحاوي الكبير (٢٤١/١٠)، والمهذب (٨/٣)، ونهاية المطلب (١٨٤/١٤)، وبحر المذهب (١١٥/١٠).

(٣) ينظر: الأصل (٤٦٧/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٩١/٥)، والمبسوط (٨٩/٦)، وتحفة الفقهاء (١٩٥/٢)، وبدائع الصنائع (١٤٣/٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اليد محل للطلاق والنكاح جميعًا عندنا(١)، وعندهم ليست محلًا لهم(٢).

❊ دليلنا: أنه أضاف الطلاق إلى محله فيصح، كالجزء الشائع(٣).

وبيان ذلك أن اليد محل الطلاق، لأن محل الطلاق ما هو محل النكاح، واليد [١٦٥/أ] محل النكاح؛ لأن الجملة محل النكاح بشيئين، لكونها أنثى من بنات آدم، وبوصف الحل، وكلاهما موجودان في اليد؛ لأن هذين المعنيين يشتملان على جميع الأجزاء، فدل أنه محل النكاح، فيكون محلًا للطلاق.

ولأن محل النكاح ما هو محل حكم النكاح، وحكم النكاح الحل، واليد محل الحل مقصودًا، ولهذا يتصور بقاء الحل في اليد مع زواله عن الجملة بالحيض والنفاس؛ ولأن محل النكاح ما هو محل مقصود النكاح من السكن والازدواج، وذلك يشتمل جميع الأجزاء على حسب ما يليق بالأجزاء، فدل أنه محل النكاح، فيكون محلًا للطلاق؛ والدليل على أنه محل الطلاق أن الجملة محل، واليد جزء من المحل، فتكون جزءًا من المحل، وجزء المحل لكل المحل في باب الطلاق.

ومنا من قال: طلاق وجد وجهًا في الوقوع، فوجب أن يقع لطلاق الشائع(٤).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٤٢)، وبحر المذهب (١٠/١١٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٩١)، والمبسوط (٦/٩٠)، وبدائع الصنائع (٣/١٤٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٤٢) وبحر المذهب (١٠/١١٥).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن قوله: أنت طالق ، هذا ذكر الجملة ، وذكر الجملة ذكر اليد ؛ لأن اليد جزء من الجملة ، فذكر الجملة يشتمل على ذكر سائر الأجزاء ، فإذا ذكر الجملة يكون ذاكرًا لليد ، وإذا صار ذاكرًا لليد بقوله: أنت طالق ، فقد صارت اليد محلًا من وجه ، فيلحق بالمحل من كل وجه في باب الطلاق كما في الجزء الشائع[١] .

❖ ودليلهم: أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو[٢] .

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن اليد ليست بمحل الطلاق ، لأن محل الطلاق إنما هي الجملة ؛ والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٣] ، أضاف إلى الجملة ، وكذلك الزوج إذا قال: طلقتك ، أضاف إلى جملتها ، فدل أن محل الطلاق هي الجملة .

واليد تابعة للجملة من حيث الصورة والمعنى:

أما الصورة: فلأن التبع ما يقوم بغيره[٤] ، واليد تقوم بالجملة .

وأما من حيث المعنى: فلأن اليد خلقت بذلة ومهنة للجملة ، فدل أن اليد تبع فتكون تبعًا في المحلية ، فلو قلنا: بأنه يكون محلًا للطلاق أصلًا يؤدي إلى جعل التبع أصلًا وهذا لا يجوز ، ولأن اليد إذا كانت تبعًا تدخل في النكاح تبعًا ، فوجب أن تخرج أيضًا تبعًا ؛ لأن الخروج على خلاف الدخول .

---

(١) ينظر: المراجع السابقة .

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٩١) ، والمبسوط (٦/٩٠) ، وبدائع الصنائع (٣/١٤٣) .

(٣) سورة الطلاق: آية ١ .

(٤) ينظر: الكليات (ص: ٣١٣) .




والدليل على أن اليد تبعًا أنها نازلة منزلة الوصف من الموصوف لأن الوصف ما يقوم بالموصوف، والوصف تبع على ما بَيَّنَّا، والدليل على أن اليد ليست محلًا للطلاق؛ لأنها ليست محلًا لمقصود النكاح على ما هو معلوم [١٦٥/ب](١).

الجواب:

قولهم: أضاف إلى غير محله.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن محل الطلاق الجملة.

قلنا: لكن اليد جزء من الجملة، فتكون محلًا من وجه على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن اليد تبع للجملة.

قلنا: اليد تبع من حيث القوام(٢) [...](٣) من حيث الذكر؛ إن قلتم: من حيث القوام فمسلم، وإن قلتم: من حيث الذكر، فلا نُسَلِّم، بل هو أصل ذكر إلا أنه إذا ذكر الجملة فقد صارت اليد مذكورة أصلًا لا تبعًا؛ لأن قوله: أنت متناول لسائر الأجزاء على نسق واحد، وإذا كانت اليد أصلًا من حيث

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٩١)، والمبسوط (٦/٩٠)، وبدائع الصنائع (٣/١٤٣).

(٢) القوام: أي ما غيره يقوم به، ويقال: هذا قوام الأمر وملاكه الذي يقوم به. مقاييس اللغة (٥/٤٣)، ولسان العرب (١٢/٤٩٩).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط يوحي أن فيه سقط والمناسب أن تكتب «أم»؛ لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

الذكر كانت محلًا ؛ لأن الطلاق تصرف من حيث الذكر[١]، والله أعلم.

٢٠٩| مسألة:

طلاق المكره غير واقع عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الرضا بالتلفظ بالطلاق شرط لوقوعه عندنا[٤]، وعندهم ليس بشرط[٥].

* دليلنا: أن النكاح حقه فلا يسقط إلا برضاه كسائر الحقوق[٦].

وبيان أن الرضا شرط الشرع والحكم والحقيقة:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٧].

وأما الحكم: فسائر الحقوق، فإنها لا تسقط إلا برضاه.

فأما الحقيقة: فهي أن هذا حق معصوم محترم، وتأثير العصمة أن لا

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٤١).

(٢) ينظر: الأم (٣/٢٤٠)، ومختصر المزني (٨/٢٩٧)، والحاوي الكبير (١٠/٢٢٧)، والمهذب (٣/٤)، وبحر المذهب (١٠/١٠٤).

(٣) ينظر: الأصل (٧/٢٩٨)، وشرح مختصر الطحاوي (٨/٤٤٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٥٦)، والنتف (٢/٦٩٨)، والمبسوط (٢٤/١٠٢)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٧٦)، وبدائع الصنائع (٧/١٨٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٢٨)، والمهذب (٣/٤)، وبحر المذهب (١٠/١٠٤).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٤/١٠٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٨٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٢٩)، والمهذب (٣/٤)، وبحر المذهب (١٠/١٠٤).

(٧) سورة النساء: آية ٢٩.

تسقط بغير رضاه، فلو قلنا: بأنه تسقط يبطل أثر العصمة، وهذا لا يجوز؛ ولأن حق الإنسان إنما يكون مفوضًا إلى اختياره، إن شاء أسقطه، وإن شاء تركه، ولم يسقطه، فلو قلنا: بأنه يجوز إسقاطه بغير رضاه، يؤدي إلى أن يكون حقه كلا حق، وملكه كلا ملك، وهذا لا يجوز[(١)].

♦ **ودليلهم**: تصرف صدر من أهله مضافًا إلى محله فصح كالطائع[(٢)].

وإنما قلنا: من أهله لأن الأهلية تثبت بمعانٍ قائمة في الشخص، وهي موجودة.

وإنما قلنا: أضاف إلى محله؛ لأن محل الطلاق منكوحة المطلق، وقد وجد، والأصل أن التصرف إذا صدر من الأهل وصادف المحل فإنه يصح، ولو امتنع قائمًا يمتنع الإكراه.

والإكراه لا يصلح أن يكون مانعًا؛ لأن تأثير الإكراه في جعل المكرَه آلة للمكرِه، وإنما يجعل آلة في موضع يتصور أن يكون آلة حسًا، وهذا لا يتصور في الطلاق؛ لأنه تصرف من حيث اللسان، والإنسان لا يجوز أن يتصور أن يكون آلة للغير في الكلام، فوجود الإكراه وعدمه بمنزلة واحدة، ثم عند عدم الإكراه يقع كذلك ها هنا.

ولا يقال: بأن الرضا شرط، والإكراه يسلب الرضا؛ لأنا نقول: الرضا ليس بشرط؛ بدليل أن طلاق الهازل واقع، وإن لم يوجد الرضا[(٣)]، ولهذا

(١) ينظر: المراجع السابقة.
(٢) ينظر: المبسوط (١٠٢/٢٤)، وبدائع الصنائع (١٨٢/٧).
(٣) ينظر: النتف (٣٥/١)، والتهذيب (٧٥/٦).

فعل اللسان فيلحق بسائر [١٦٦/أ] الأجزاء والجوارح، ثم الرضا لا يعتبر في فعل سائر الجوارح، بل هما يستويان، كذلك فعل اللسان.

ولأن الرضا لو اعتبرناه إنما اعتبرناه مراعاة لحقه، فعدم اعتباره أيضًا مراعاة لحقه، وهو تصحيح كلامه، وهذا أولى؛ لأن صحة الكلام نعمة أصلية، ولا يقال: بأن القصد معتبر؛ لأن طلاق الهازل واقع، ولم يوجد القصد، وكذلك إذا تكلم فسبق اللسان بالطلاق من غير قصده وقع[1].

الجواب:

قولهم: تصرف صدر من أهله مصادفًا محله.

قلنا: صدر عن أهل هو راضٍ بهذا التصرف، وقاصد أم لا؟! إن قلتم: بلى، فلا نُسَلِّم، وإن قلتم: ليس براضٍ ولا قاصد، فلم قلتم يصح والحال هذه.

قولهم: بأن الرضا ليس بشرط بدليل الهازل.

قلنا: الهازل راضٍ؛ لأنه أقدم على الطلاق طائعًا راغبًا، إلا أنه يدعي الهزل، والظاهر يكذبه، بخلاف مسألتنا؛ لأن الرضا لم يوجد على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن القصد ليس بشرط بدليل الهازل أيضًا.

قلنا: القصد قد وجد في حق الهازل؛ لأنه قصد إلى لفظ الطلاق، وللطلاق صورة ومعنى، والصورة لا تنفك عن المعنى، والقصد إلى الصورة

---

(١) ينظر: المبسوط (١٠٢/٢٤)، وبدائع الصنائع (١٨٢/٧).




قصد إلى المعنى، اللهم إذا وجد معنى شرعًا يصرفه عن المعنى الموضع له إلى معنى آخر، وفي حق الهازل لم يوجد، فبقي اللفظ على المعنى الأصلي.

أما في مسألتنا وجد معنى شرعيًا، وهو دفع الشر، فينصرف إليه، ولم يكن قاصدًا إلى اللفظ المعنى الموضوع له.

قولهم: بأن تأثير الإكراه في جعل المكره آلة للمكره.

قلنا: له تأثير آخر، وهو سلب الرضا والقصد، وهو شرط على ما بَيَّنَّا[(١)]، والله أعلم.



٢١٠| مسألة:

المبتوتة[(٢)] في مرض الموت لا ترث عندنا[(٣)]، خلافًا لهم[(٤)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الزوج زائل من كل وجه عندنا[(٥)]،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٣٠).

(٢) المبتوتة: مأخوذة من البت: وهو القطع المستأصل، يقال: بتت الحبل فانبت، والبتة اشتقاقها من القطع؛ غير أنه يستعمل في أمر يمضي لا رجعة فيه ولا التواء، وأبت فلان طلاق امرأته أي طلقها باتا، لارجعة فيه. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/١٨٣)، ومقاييس اللغة (١/١٧٠).

(٣) الصحيح في هذه المسألة عند الشافعية أن فيها قولين: القول الأول: ماذكره المؤلف، وهو المعتمد عند الشافعية، والآخر ماذهب إليه الحنفية، ينظر: الأم (٥/٢٧١)، ومختصر المزني (٨/٣٢٦)، والحاوي الكبير (١٠/٢٦٤)، وبحر المذهب (١٠/١٣٤)، والتهذيب (٦/١٠٢).

(٤) ينظر: الأصل (٤/٥٢٨)، والحجة (٤/١٠١)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١١٩) والمبسوط (٦/١٥٤)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٩).

(٥) ينظر: الأم (٥/٢٧١)، ومختصر المزني (٨/٣٢٦)، والحاوي الكبير (١٠/٢٦٥)، وبحر المذهب (١٠/١٣٥).




وعندهم زائل من وجه، باقٍ من وجه[1].

❊ دليلنا: أنه زال سبب الإرث؛ لأن سببه النكاح، وقد زال بالطلقات الثلاث[2].

لأنه عقد وصلة، ولا يتصور بقاؤه مع البينونة الحاصلة بالطلقات الثلاث، ولهذا زالت المحلية بالكلية، فدل أنه زال السبب، وكان الفقه فيه أنه إذا وجد الثلاث في حالة الصحة سقط الإرث بالاتفاق، كذا حالة المرض؛ لأن الشيء إذا كان سببًا لا يختلف الحال بين حالة وحالة.

فإذا كان هذا سببا لإسقاط حق الإرث حالة الصحة وجب أن يكون سببه حالة [١٦٦/ب] المرض إلا إذا وجد مانع، ولا مانع ها هنا؛ لأن ملك الطلاق حالة المرض كملكه حالة الصحة بالاتفاق على الأصلين[3].

❊ ودليلهم: أن سبب الإرث قد وجد، فوجب أن ترث كالرجعية[4].

وإنما قلنا: وجد سبب الإرث؛ لأن سببه النكاح، وقد وجد؛ لأن حق الورثة تعلق بماله في مرض الموت، بدليل أنه ممنوع من التبرعات[5]، وبدليل أنه تعلق بعد الموت، والمرض سبب الموت، فيستند إلى أول السبب.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١١٩)، والمبسوط (٦/١٥٥)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٩).
(٢) ينظر: الأم (٥/٢٧١)، ومختصر المزني (٨/٣٢٦)، والحاوي الكبير (١٠/٢٦٥)، وبحر المذهب (١٠/١٣٥).
(٣) ينظر: المراجع السابقة.
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١١٩)، والمبسوط (٦/١٥٥)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٩).
(٥) ينظر: المبسوط (٦/١٥٥)، والوسيط (٤/٤٢١).




والمرأة من جملة الورثة، فتعلق حقها أيضًا، فإذا تعلق حقها بالمال تعلق أيضًا بالنكاح؛ لأن النكاح سبب حقها، وسبب حق الإنسان حقه، وإذا تعلق حقها بالنكاح فالزوج بالطلاق أراد إسقاط حقها وهو النكاح، فلا يسقط في حقها، وسقط في حق الزوج، ويجوز مثل هذا كالعبد إذا أقر على نفسه بالسرقة، فإنه لا يصح الإقرار في حق الضمان، ويصح في حق القطع.

كذلك ها هنا، الطلاق واقع في حقه دون حقها، حتى يبقى النكاح، فترث لهذا المعنى[1].

الجواب:

قولهم سبيل الإرث قائم.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن النكاح قائم.

قلنا: لا نُسَلِّم أيضًا؛ لأن النكاح لا يتصور بقاؤه مع وجود البينونة، والبينونة حاصلة لوقوع الثلاث.

وقولهم: أن حق الورثة تعلق بماله في مرض الموت.

قلنا: لا نُسَلِّم، ولئن سلمنا أن حق الوارث يتعلق بماله، وأن المرأة من جملة الورثة، لكن الزوج تصرف في خالص حقه؛ لأن النكاح حقه.

ولو تعلق به حق المرأة، فذلك الحق تبع المقصود الأصلي، حق الزوج،

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١١٩)، والمبسوط (٦/١٥٥)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٩).




فهو متمكن من الإسقاط ، إلا أنه إذا أسقط حق نفسه سقط حق المرأة بطريق التبعية ، فلا نبالي به ، كمن حفر بئرًا في دار نفسه فانهدم جداران دار جاره ، فإنه لا يبالى به[1] ، كذلك ها هنا.

ثم نقول: إنما يتعلق حق وارث يبقى وارثًا بعد الموت ، والمرأة لا تبقى وارثًا بعد الموت ، فلا يتعلق حقها به[2] ، والله أعلم.



٢١١ | مسألة:

الزوج الثاني لا يهدم الطلقة والطلقتين عندنا[3] ، وعندهم يهدم[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الزوج الثاني منهي للحرمة عندنا[5] ، وعندهم مثبت للحل[6].

❊ دليلنا: أن الزوج الثاني لم يجد محل عمله فكان وجوده كعدمه[7].

وبيان أنه لم يجد محل عمله أن محل عمله في إنهاء الحرمة ، فيكون

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٧/٢٤٦) ، البيان (٦/٢٦٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٦٦).

(٣) ينظر: الأم (٥/٢٦٦) ، ومختصر المزني (٨/٢٩٩) ، والحاوي الكبير (١٠/٢٨٦).

(٤) ينظر: النتف (١/٢٦٦) ، والمبسوط (٦/٩٥) ، وتحفة الفقهاء (٢/١٩٧) ، وبدائع الصنائع (٣/١٢٧).

(٥) ينظر: الأم (٥/٢٦٧) ، ومختصر المزني (٨/٢٩٩) ، والحاوي الكبير (١٠/٢٨٧) ، وبحر المذهب (١٠/١٥٣).

(٦) ينظر: المبسوط (٦/٩٥) ، وبدائع الصنائع (٣/١٢٧).

(٧) ينظر: الأم (٥/٢٦٧) ، ومختصر المزني (٨/٢٩٩) ، والحاوي الكبير (١٠/٢٨٧).




الزوج غاية ونهاية الحرمة، فالغاية إن وجدت لكن لم يوجد ما ضربت له الغاية، ولا عمل للغاية بدون ما ضربت له الغاية، والدليل على أن الثاني غاية [١٦٧/أ] الشرع والحقيقة:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[(١)]، وحتى كلمة الغاية[(٢)].

وأما الحقيقة: فهي أن الحرمة ثابتة في المحل بالطلقات الثلاث، فلا يرتفع إلا بما له تأثير، ولا تأثير للزوج الثاني في رفع الحرمة لا بنفس العقد ولا بالإصابة؛ أما بنفس العقد: فلأن الزوج الثاني بنفس العقد صار مثبتًا للحرمة، فإن المرأة كانت محللة لسائر الأجانب، والآن صارت محرمة عليهم بإيراد العقد عليها؛ لأنه لا يجوز لأحد أن يتزوج بها، وأما بالإصابة: فقد ازدادت الحرمة؛ لأن قبل الإصابة لو طلقها تحل في الحال، وبعد الإصابة لو طلقها لا تحل في الحال للإزواج، فدل أنه لا تأثير له في رفع الحرمة؛ لأن تأثيره في إثبات الحرمة.

إذا ثبت أنه لم يكن رافعًا للحرمة، فيكون منهيًا للحرمة، ولم توجد الحرمة ها هنا، فصح قولنا: أنه لم يوجد محل عمله، فلا يعمل.

وقرر بعض أصحابنا فقال: الزوج الثاني شرع للحاجة، ولا حاجة ها هنا؛ لأن الحل موجود في المحل فلا يشرع[(٣)].

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٣٠.

(٢) ينظر: منازل الحروف (ص: ٤٨).

(٣) ينظر: الأم (٥/٢٦٧)، ومختصر المزني (٨/٢٩٩)، والحاوي الكبير (١٠/٢٨٧).

♦ودليلهم: أن الزوج الثاني وجد محل عمله، فوجب أن يعمل[1].

وبيان ذلك هو أن عمله إثبات الحل؛ الدليل عليه النص والمعنى:

أما النص: فقول النبي ﷺ: «لعن الله المحلِل[2] والمحلَل له»[3] سماه محلِلًا، والمحلل اسم لمن يثبت الحل[4]، كالمسود والمبيض اسمان لمن يثبت السواد والبياض.

وأما المعنى: وهو أن الطلقات الثلاث مؤثرة في إثبات الحرمة والزوج الثاني مؤثر في رفع الحرمة، فإذا كان مؤثرًا في رفع الحرمة يكون مثبتًا للحل.

ولأنَّا لو قلنا: بأن الزوج منهي للحرمة يؤدي إلى تأقيت الحرمة، فالحرمة تثبت مطلقة لا تؤقته بزمان، فدل أنه مثبت للحل، وإذا ثبت أنه مثبت للحل فقد وجد محل عمله؛ لأن في المحل حل يرتفع بطلاق واحد، وهو قد أثبت حلالًا يرتفع إلا بالثلاث، فالحل الذي هو عمله لم يوجد في المحل فيثبت ذلك الحل[5].

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/ ٩٥)، وبدائع الصنائع (٣/ ١٢٧).

(٢) المحلل: هو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا فيتزوجها رجل، بشرط أن يطلقها بعد موافقته إياها؛ لتحل للزوج الأول. ينظر: تهذيب اللغة (٣/ ٢٨٤)، ولسان العرب (١١/ ١٦٧).

(٣) رواه أبو داود في سننه: كتاب: النكاح، باب: في التحليل، (٢/ ٢٢٧)، برقم: ٢٠٧٦، وابن ماجه في سننه: كتاب: النكاح، باب: المحلل والمحلل له، (١/ ٦٢٣)، برقم: ١٩٣٦. والترمذي في سننه: أبواب: النكاح، باب: المحلل والمحلل له، (٣/ ٤١٩)، برقم: ١١١٩، وهذا الحديث روي من عدة طرق، وقال الترمذي عنه: «هذا حديث حسن صحيح» وقال الألباني: «صحيح». ينظر: سنن الترمذي (٣/ ٤٢١). والسراج المنير (١/ ٥٠٥).

(٤) ينظر: تهذيب اللغة (٣/ ٢٨٤)، ولسان العرب (١١/ ١٦٧).

(٥) ينظر: المبسوط (٦/ ٩٥)، وبدائع الصنائع (٣/ ١٢٧).




الجواب:

قولهم: الزوج الثاني وجد محل عمله.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأنه شرع مثبتًا للحل.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل شرع [شرع][1] منهيًا للحرمة، أما الخبر فمرسل، فلا يكون حجة، ثم نقول: الخبر حجة عليكم؛ لأنه لعنه، والمثبت للحل لا يستحق اللعن، ثم نقول: سماه محللًا بطريق المجاز؛ لأنه ينهي الحرمة، والحرمة إذا انتهت ثبت الحل، فيكون الزوج الثاني شرطًا [١٦٧/ب] لثبوت الحل على معنى أنه يثبت عنده.

قولهم: بأن الطلقات الثلاث مؤثرة في إثبات الحرمة، كذا الزوج مؤثر في رفعها.

قلنا: قد بَيَّنَّا أن تأثيره في إثبات الحرمة لا في رفعها.

قولهم: بأن الطلاق يوجب حرمة مطلقة، فلا تكون مؤقتة بزمان.

قلنا: من حيث اللفظ واللغة: مطلق؛ أما من حيث الشرع: فمؤقت إلى وجود الزوج الثاني لما بَيَّنَّا أن الشرع لما جعل الزوج منهيًا فلا يجوز أن تكون الحرمة مؤقتة كالطهارة من حيث اللفظ، يقتضي حرمة مطلقة، ومن حيث الشرع مؤقتة إلى حالة وجود الكفارة، كذا ها هنا.

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة «شرع»، كما هي مثبتة في المتن، وهي تكرار لما قبلها، والله اعلم.

والحاصل أن الإطلاق من حيث اللفظ، أما من حيث السببية مقيد كالظهار سواء[١]، [...][٢].



٢١٢ | مسألة[٣]:

عدد الطلاق معتبر بالرجال عندنا[٤]، وعندهم بالنساء[٥].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الحل في حق الإماء كالحل في حق الحرائر عندنا[٦]، وعندهم على النصف[٧].

❊ دليلنا: أن الطلاق نوع ملك يختلف بالرق والحرية، فوجب أن يختلف برق المالك وحريته[٨]، دليله: ملك اليمين[٩].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٢٨٨).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط وردت على هامش المخطوط عبارة لكن لم يظهر منها إلا الواو والألف، ولأنها في آخر المسألة، فكما عودنا المصنف يمكن أن تكون العبارة المثبتة في المتن وهي: «والله أعلم».

(٣) صورة هذه المسألة: فيما إذا كان أحد الزوجين حرا، والآخر رقيقا، فهل عدد الطلاق يعتبر بحال الرجل في الرق والحرية، أم بحال المرأة. ينظر: بدائع الصنائع (٣/٩٧).

(٤) ينظر: الأم (٥/٢٣١)، والحاوي الكبير (١٠/٣٠٤)، وبحر المذهب (١٠/١٧٦)، والبيان (١٠/٧٤).

(٥) ينظر: النتف (١/٣٣٦)، والمبسوط (٦/٣٩)، وبدائع الصنائع (٣/٩٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٤)، وبحر المذهب (١٠/١٧٧)، والبيان (١٠/٧٦).

(٧) ينظر: المبسوط (٦/٤٠)، وبدائع الصنائع (٣/٩٧).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٤)، وبحر المذهب (١٠/١٧٧)، والبيان (١٠/٧٦).

(٩) قال الماوردي: ويدل عليه من المعنى وهو علة أبي حامد أنه ذو عدد محصور للزوج إزالة ملكه عنه بعوض فوجب أن يعتبر كماله ونقصانه بالزوج. الحاوي الكبير (١٠/٣٠٤).




وهذا لأن الطلاق لما كان نوع ملك يعتبر فيه حال؛ إن كمل حاله كمل الملك، وإن قصر حاله قصر الملك، ولأنه لما كان نوع ملك يزداد بزيادة حال المالك، وينتقص بنقصان حال المالك.

أما لا يزداد بزيادة حال المملوك لا يكون مؤثرًا؛ لأن الملك صفة الملك، فيعتبر فيه معاني المالك؛ إن كمل معاني المالك كملت الصفة، وإن انتقصت انتقصت الصفة[1].

♦ ودليلهم: أن الطلاق تصرف مملوك يختلف باختلاف المحل؛ يقل بقلة المحل، ويكثر بكثرة المحل كسائر التصرفات[2].

فإن من ملك عبدًا ملك عتقًا، ومن ملك عبدين ملك عتقين، وكذلك الطلاق وغيره، وإذا ثبت هذا نقول: الطلاق تصرف في المحل، فيتقدر بقدر المحل، والحل في حق الإماء على النصف؛ لأن الرق يؤثر في تنقيص الحل؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنا أجمعنا على أنه يؤثر في تنصيف الحل في جانب الرجال[3]، حتى أن العبد ملك التزوج بامرأتين، والحر ملك التزوج بأربع، إذا كان يؤثر في جانب الرجال، كذا في جانب النساء؛ لأن الحل مشترك بين الرجال والنساء.

أما الحقيقة: فهي أن الحل كرامة؛ لأنه شرع للسكن والازدواج والتوالد

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٤)، وبحر المذهب (١٠/١٧٧)، والبيان (١٠/٧٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٦/٤٠)، وبدائع الصنائع (٣/٩٧).

(٣) ينظر: النتف (١/٢٨٩)، والإقناع (ص: ١٣٧).




والتناسل، وهذه الأشياء [١٦٨/أ] كرامة، والرق تأثير في تنقيص الكرامات؛ لأن الرق خبث في المحل، والخبث يستدعي الإهانة والذل، وللذل تأثير في تنقيص الكرامة، فدل أن للرق تأثير، غير أن في جانب الرجال الحل متعدد مؤثر في تنقيص العدد، وفي جانب المرأة ليست بمتعدد، فيظهر التنصيف في الأحكام والأحوال؛ نحو القسم والعدة والأحوال، الحرة تدخل في الأمة، والأمة لا تدخل في الحرمة، كذلك تظهر في الطلاق؛ لأنه حكم الحل[1].

الجواب:

قولهم: الطلاق تصرف مملوك.

قلنا: المقصود من هذا أن الحل في حق الإماء على النصف، ونحن لا نُسَلِّم ذلك، بل الحل في حق الإماء كالحل في حق الحرائر؛ لأن الحل لا يتجزأ ولا يتبعض، والرق لا ينافيه، وما كان سبيله هذا فالحر والعبد فيه سواء، كالعبادات التي لا تتجزأ، والرق لا ينافيها، ولأن هذا حل من حيث المملوكية، والرق تأثيره في زيادة المملوكية، يدل عليه أن الرق حسية في المحل، والحسية إذا وجدت في المحل، والمحل يقبل من التصرفات ما لا يقبله المحل الشريف، ثم الحرة مع الشرف قابلة للطلقات الثلاث؛ فالأمة لأن تكون قابلة أولى، والدليل على أن الحل كامل، وكمال الحل بكمال الاستحلال يعرف.

قولهم: بأن الرق يؤثر في تنصيف الحل في جانب الرجل، كذا في جانب المرأة.

(١) ينظر: المبسوط (٤٠/٦)، وبدائع الصنائع (٩٧/٣).

قلنا: حل الرجل متعدد بقليل التنصيف بخلاف حل المرأة ؛ ولأن ذلك الحل حل المالكية، وللرق تأثير في التنقيص، وحل المرأة حل المملوكية، فلا تأثير للرق في تنقيصه، وهذا هو الجواب عن قولهم: بأن هذا الحل تثبت كرامة، وللرق تأثير في تنقيص الكرامة، فإنا لا نُسَلِّم أنه كرامة ؛ لأن حل المملوكية لا يثبت كرامة، ولئن سلمنا أنه كرامة ولكنه لا يتجزأ، فلا يؤثر الرق فيه[1]، والله أعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٥)، وبحر المذهب (١٠/١٧٧).




الرجعة(1)



٢١٣ | مسألة:

الطلاق الرجعي يحرم الوطء عندنا(2)، خلافًا لهم(3).

ومدار المسألة تحقيقًا على أن النكاح زال من وجه عندنا(4)، وعندهم ما زال(5).

❊ دليلنا: أنه طلاق واقع متقرر، فوجب أن يحرم الوطء كالبائن(6).

وقولنا: واقع لا إشكال فيه، وإنما قلنا: يحرم الوطء؛ لأن الطلاق بعد ما وقع لا بد وأن يظهر له حكم، وحكمه زوال الملك؛ لأنه وضع لهذا.

---

(١) الرجعة لغة الراء والجيم والعين أصل كبير مطرد منقاس، يدل على رد وتكرار. تقول: رجع يرجع رجوعا، إذا عاد. وراجع الرجل امرأته، وهي الرجعة والرجعة. ينظر: مقاييس اللغة (٢/٤٩٠)، ولسان العرب (٨/١١٩). والرجعة في الاصطلاح: الرد إلى النكاح بعد طلاق غير بائن على وجه مخصوص. ينظر: النجم الوهاج (٨/٧)، أسنى المطالب (٣/٣٤١).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٨)، والمهذب (٣/٤٧)، ونهاية المطلب (١٤/٣٤١)، والبيان (١٠/٢٤٥)، التهذيب (٦/١١٤).

(٣) ينظر: المبسوط (٦/١٩)، تحفة الفقهاء (٢/١٧٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٨٠)، ومختصر القدوري (ص: ١٥٩)،

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٩)، والبيان (١٠/٢٤٥).

(٥) ينظر: المبسوط (٦/١٩)، وتحفة الفقهاء (٢/١٧٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٨٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٩)، والبيان (١٠/٢٤٥).




وإنما قلنا: ذلك لا يضاد العقد لفظًا وعرفًا:

أما اللفظ: فلأن الطلاق للإطلاق(١) والنكاح للقيد(٢).

وأما العرف: فلأن من أراد الحل بادر إلى النكاح، ومن أراد الحرمة بادر إلى الطلاق، فدل أنه وضع لإزالة الملك، إلا أنه لا يزيل الملك من كل وجه [١٦٨/ب] بالاتفاق.

فقلنا: بأنه يزول في حق الحل، ويبقى في حق سائر الأحكام، وإنما يزول في حق الحل لوجهين مؤثرين:

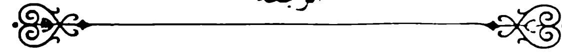
أحدهما: أن الحل يزول ويعود، بدليل الحائض، والنفساء والصائمة والمحرمة، فإن في هذه المواضع يزول الحل ويعود.

الثاني: أن الحل أسرع الأشياء زوالًا، وأبطؤها ثبوتًا، ألا ترى أن المحرم إذا أحرم يحرم عليه جميع محظورات الإحرام؟! ثم حرمته سائر المحظورات تنتهي بالتحلل الأول، وهي الرمي، أما حرمة الوطء خاصة لا تنتهي إلا بالتحلل الثاني، وهو طواف الإفاضة(٣)، فقلنا: بأنه يحرم الوطء لهذا المعنى(٤).

❖ ودليلهم: أنه طلاق لا يزيل الملك، فلا يحرم الوطء كالمعلق بصفة(٥).

---

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٩/١٩)، وحلية الفقهاء (ص: ١٧٢).
(٢) ينظر: لسان العرب (١٠/٢٢٦).
(٣) ينظر: المبسوط (٤/١٩١)، والإقناع (ص: ٩٠).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٠٩)، والبيان (١٠/٢٤٥).
(٥) ينظر: المبسوط (٦/١٩)، وتحفة الفقهاء (٢/١٧٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٨٠).



وبيان أن الملك ها هنا قائم الشرع والحقيقة والحكم:

أما الشرع فقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾(١)، سماه زوجًا وبعلا(٢)، وبقاء الزوجية دليل على بقاء الملك، ولأن الرجعة سميت إمساكًا، والإمساك إبقاء ما كان على ما كان(٣).

وأما الحكم: فإنه يجري بينهما التوارث(٤)، ويصح خلعها وطلاقها وظهارها وإيلاؤها(٥).

وأما الحقيقة: فهي أن الطلاق وإن وقع، إلا أنه لا يعمل لمانع، وهو ثبوت خيار الرجعة، والخيار إذا دخل في التصرف منع التصرف من الانعقاد في حق الحكم، كالبيع بشرط الخيار(٦)، فإنه منع الانعقاد في حق الحكم، كذلك ها هنا، ولهذا المعنى لا يحتاج إلى الرضا، ولا إلى عقد جديد عند المراجعة.

والرجعة ليست بعقد جديد، بدليل أنه لا يعتبر فيه الشرائط، فدل أن الملك قائم، فيكون الحل قائمًا؛ لأن ملك النكاح ضروري، وإنما يصار إليه

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

(٢) البعل: الزوج. يقال: بعل يبعل بعولة فهو باعل أي مستعلج، وإنما سمي زوج المرأة بعلا؛ لأنه سيدها ومالكها، تهذيب اللغة (٢/٢٥١)، مجمل اللغة (ص: ١٢٨).

(٣) قال الله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ﴾ قال الشَّافِعِي: ﵀: وقد أمر الله تعالى بالإمساك بالمعروف، والتسريح بالإحسان ونهى عن الضرر.

(٤) ينظر: المبسوط (٤/٢١٠)، والحاوي الكبير (٨/١٤٩).

(٥) ينظر: النتف (١/٣٢٣)، الحاوي الكبير (٩/٣٠٢).

(٦) ينظر: المبسوط (١٣/١٧)، ومختصر المزني (٨/١٧٢).




للحل، فبقاؤه يدل على إبقاء الحل ضرورة(١).

الجواب:

قولهم: طلاق لا يزيل الملك.

قلنا: لا يزيل من كل وجه، أو من وجه دون وجه؟! إن قلتم: لا يزيل من كل وجه، مسلم، وإن قلتم: من وجه، فلا نُسَلِّم، بل يزيله فيما يرجع إلى الحل على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الشرع سماه زوجًا وبعلًا.

قلنا: لأن الزوجية قائمة من وجه، أو باعتبار ما قد كان؛ لأنه كان زوجًا.

قولهم: أنه سماه إمساكًا وردًا.

قلنا: إنما سماه إمساكًا، لأنه موجود من وجه، وإنما سماه ردًا؛ لأنه زائل من وجه، أما جريان التوارث وصحة الخلع وباقي الأحكام، إنما كان لوجود الملك من وجه.

وقولهم: أنه لا يحتاج إلى عقد جديد.

قلنا: لا نُسَلِّم، فإنما يحتاج إلى الرجعة، وهي عقد جديد؛ ولهذا قلنا: يجب الإشهاد في قول(٢).

وقولهم: لا يحتاج إلى الرضا.

---

(١) ينظر: المبسوط (٦/١٩)، وتحفة الفقهاء (٢/١٧٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٨٠).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (١٤/٣٥٣)، والتهذيب (٦/١١٤).




قلنا: إنما لا يحتاج [١٦٩/أ] إليه؛ لأن النكاح قائم من وجه، والشرع أثبت الرجعة نظرًا للزوج، والنظر في أن لا يحتاج إلى الرضا؛ لأنا لو أحوجناه إلى الرضا يخرج عن كونه نظرًا.

قولهم: بأن خيار الرجعة منع عمل الطلاق.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ لأن الخيار الشرعي لا يمنع العمل، لخيار العيب لا يمنع الملك، بخلاف خيار الشرط، فإنه شرطي، فجاز أن يمنع[1]، والله أعلم.




(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٠/١٠).




الإيلاء[1]



|٢١٤| مسألة:

المُولي بعد انقضاء أربعة أشهر يوقفه القاضي، ويخيره بين أن يفيء وبين أن يطلق؛ فإن فاء وإلا يجبره القاضي على الطلاق عندنا[٢]، وعندهم حصلت الفرقة، والطلاق وقع بنفس مضي المدة[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الإيلاء يمين عندنا[٤]، وطلاق عندهم[٥].

❊ دليلنا: أن الإيلاء يمين على منع حق مستحق لها، فلا تقع الفرقة

---

(١) الإيلاء لغة: اليمين، ويقال: آلى الرجل يؤلي إيلاء إذا حلف. ينظر: جمهرة اللغة (٢٤٦/١)، وتهذيب اللغة (٣١٠/١٥). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: الحلف على ترك قربانها أربعة أشهرٍ أو أكثر، وعرفه الشافعية بأنه: أن يحلف أن لا يطأ امرأته مطلقا أو مدة معلومة. ينظر: تحفة الفقهاء (٢٠٣/٢)، وكنز الدقائق (ص: ٢٩١)، وبحر المذهب (١٩٧/١٠)،، والبيان (٢٧٢/١٠).

(٢) ينظر: الأم (٢٨٩/٥)، واللباب (ص: ٣٣٣)، والحاوي الكبير (٣٤٠/١٠)، والمهذب (٥٤/٣)، ونهاية المطلب (٣٨٣/١٤).

(٣) ينظر: الأصل (٢٥/٥)، وشرح مختصر الطحاوي (١٤٨/٥)، والنتف (٣٧٠/١)، والمبسوط (٢٠/٧)، وبدائع الصنائع (١٧٦/٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٤١/١٠)، والمهذب (٥٤/٣)، ونهاية المطلب (٣٨٤/١٤)، وبحر المذهب (١٩٧/١٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٥٣/٥)، والنتف (٣٧٠/١)، والمبسوط (٢١/٧)، وبدائع الصنائع (١٧٦/٣).




بها[١]؛ كما لو حلف على منع النفقة عليها.

وبيان أنه يمين أن صيغته تدل عليه، يقال: آلى يولي إيلاء وألية، واليمين سميت ألية[٢]، في الشعر قال شاعرهم:

فإن سبقت منه الألية برّت[٣]

فدل أن الإيلاء يمين.

وإنما قلنا: على منع حقها؛ لأن الوطء حق مستحق لها، كما هو مستحق للزوج، ولهذا لها المطالبة به، فدل أنه يمين على منع حق لها، فهو بمنزلة اليمين على منع النفقة عنها؛ وبالأولى لأن النفقة مستحقًا في جميع الأحوال بخلاف الوطء، ولأن الإضرار في منع النفقة لأكثر؛ لأنها لا تصبر على النفقة وتصبر عن الوطء.

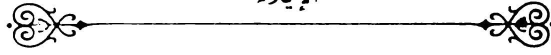
ثم اليمين على منع النفقة لا يقع بها الطلاق؛ فلأن لا يقع ها هنا أولى، وكان الفقه فيه أن وقوع الطلاق يستدعي لفظًا يدل على الطلاق؛ إما من حيث الصريح، أو من حيث المعنى، والإيلاء لا يدل عليه، لا صريحًا ولا دلالة؛ أما صريحًا: فظاهر؛ لأن صيغته صيغة اليمين على ما بَيَّنَّا، وأما دلالة ومعنى:

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٣٤١)، والمهذب (٣/٥٤)، ونهاية المطلب (١٤/٣٨٤)،

(٢) ينظر: جمهرة اللغة (١/٢٤٦)، وتهذيب اللغة (١٥/٣١٠).

(٣) هذا البيت من شواهد ابن منظور في اللسان، ولم ينسبه، وفيه: «وإن بدرت» وهذا عجز بيت، وصدره «قليل الألايا حافظ ليمينه» والقائل: كثير بن عزة، قال في المعجم المفصل: «البيت من الطويل، وهو لكثير عزة في ديوانه ص ٣٢٥؛ وبلا نسبة في لسان العرب» ينظر: المعجم المفصل (١/٥٤١).



فلا أيضًا؛ لأنه قصد بالإيلاء مضارتها، وقطع الصحبة عنها، وليس من ضرورة قطع الصحبة، والإضرار قطع النكاح كاليمين على منع النفقة.

ولأن الطلاق إنما يقع إما بصريح لفظه أو بكنايته، والإيلاء ليس بطلاق؛ لا صريحًا ولا كناية، أما صريحا: فظاهر؛ لأنه تبين له، وأما كناية: فلأن الكناية لا تعمل إلا بعد أن ينضم إليه قرينة من نية، أو غير ذلك، والإيلاء لا يعمل من غير ذلك، فدل أنه ليس بكناية [١٦٩/ب] أيضًا، فلا يقع به الطلاق[١].

♦ ودليلهم: أن الإيلاء طلاق فوجب أن يقع بمجرد انقضاء المدة، ولا يحتاج إلى إنشاء طلاق آخر[٢].

وبيان ذلك أن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية، إلا أنه غير بإدخال الأجل، لا في نفس الطلاق، فإذا مضت المدة ظهر حكم الطلاق. وبيان أنه كان طلاقًا في الجاهلية ما نقل عن ابن عباس وابن مسعود ﵄، أنهما قالا: «إن الإيلاء طلاقًا في الجاهلية غير الإيلاء بالطلاق»[٣]، والطلاق تصرف مشروع، فلما عرف بالمشروع، دل أنه كان طلاقًا مشروعًا في شريعة من قبلنا، إلا أنه غير بإدخال الأجل فيه فيتغير، فيتقدر التغير وهو الأجل، فإذا مضى الأجل ظهر حكم الطلاق كسائر الأحكام المؤجلة.

ولأن الإيلاء يحرم الوطء؛ لأنه يمين، واليمين موجبة للبر ومحرمة

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٤١/١٠)، والمهذب (٥٤/٣)، ونهاية المطلب (٣٨٤/١٤)،

(٢) ينظر: المبسوط (٢١/٧)، وبدائع الصنائع (١٧٦/٣)، وشرح مختصر الطحاوي (١٥٣/٥).

(٣) أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد، كتاب: الطلاق، باب: الإيلاء، (١٠/٥)، برقم: ٧٨٣٣. وقال: «رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح».




للحنث[1] ، والحنث هو الوطء فيكون محرمًا للوطء من هذا الوجه ، والطلاق محرم للوطء بواسطة زوال الملك ، فقد وجد بين الإيلاء وبين الطلاق مشابهة في المعنى ، فيكون طلاقًا[2] .

الجواب:

قولهم: بأن الإيلاء طلاق.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: طلاق جاهلي.

قلنا: لا نُسَلِّم أنه كان طلاقًا في الجاهلية ، ولئن سلمنا أنه كان ، لكن أحكام الجاهلية لا يجوز اتباعها على ما قال الله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾[3] .

قولهم: أنه يحرم الوطء.

قلنا: لا نُسَلِّم ، ولئن سلمناه لكن يحرم الوطء لغيره لا لعينه ؛ لأنه يمين ، واليمين لا تحرم شيئًا لعينها ، والطلاق يحرم لعينه ، فلا يكون طلاقًا ولا في معناه أيضًا ، والدليل عليه أنه لو نوى به الطلاق لا يقع ، ولو كان طلاقًا وجب أن يقع[4] ، والله أعلم.

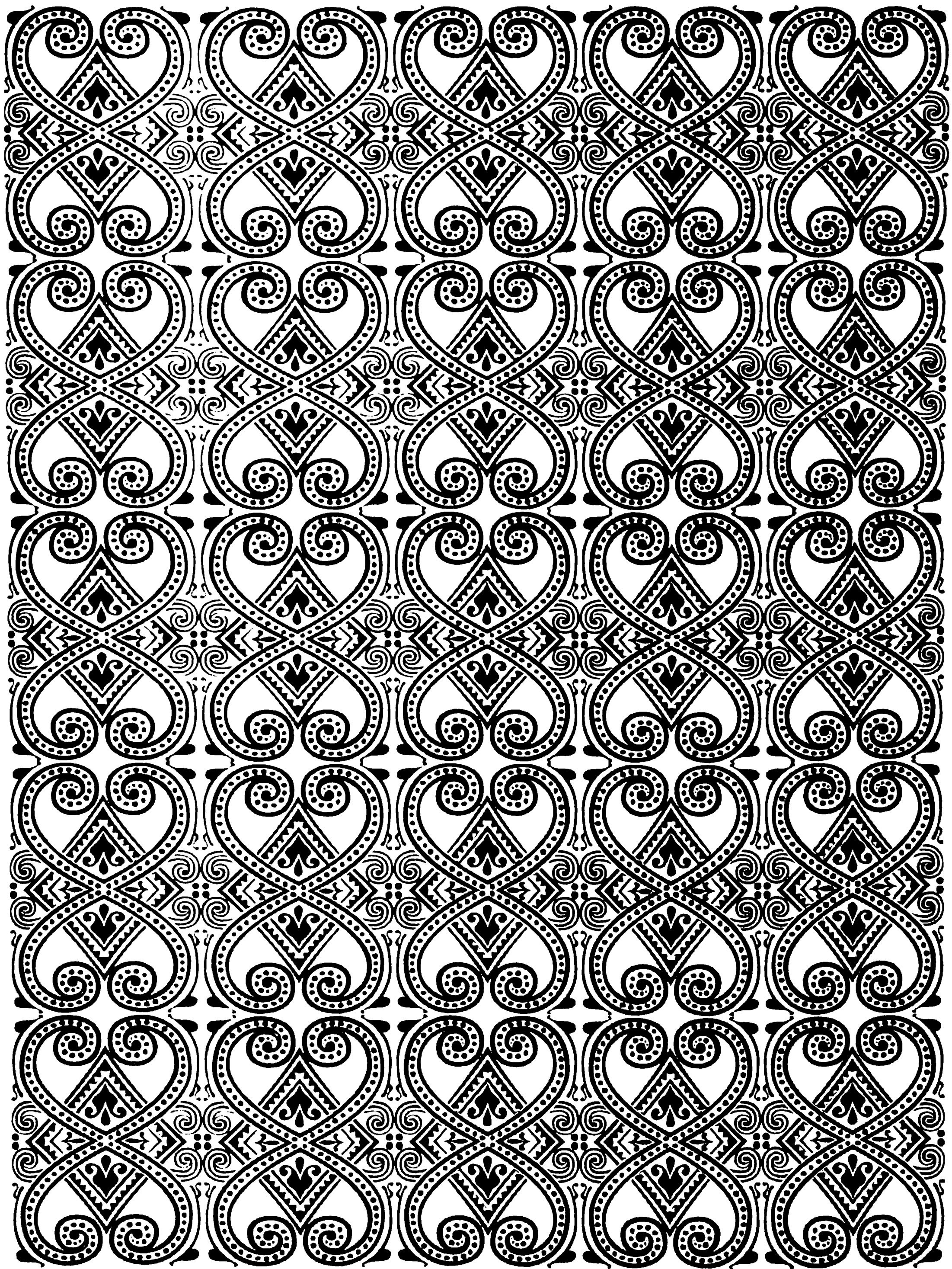
---

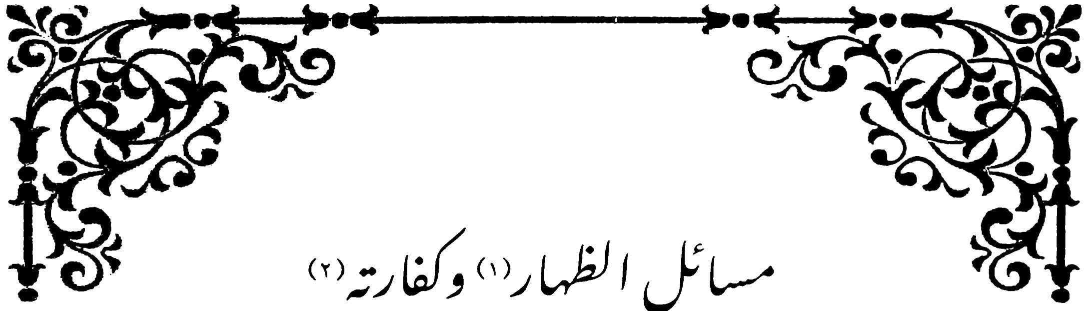
(١) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ ، [المائدة: ٨٩].

(٢) ينظر: المبسوط (٢١/٧) ، وبدائع الصنائع (١٧٦/٣) ، وشرح مختصر الطحاوي (١٥٣/٥).

(٣) سورة المائدة: آية ٢٩.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٤٢/١٠) ، وبحر المذهب (١٩٧/١٠).





مسائل الظهار[1] وكفارته[2]

|٢١٥| مسألة:

ظهار الذمي صحيح عندنا[3]، خلافًا لهم[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على حرفين: أحدهما أن موجب الظهار عندنا حرمة مطلقة[5]، وعندهم مقيدة[6]، والثاني: أن الذمي من أهل الكفارة

---

(١) الظهار لغة: مشتق من الظهر، والظهر من كل شيء: خلاف البطن، ينظر: تاج العروس (٤٨١/١٢)، والمعجم الوسيط (٥٧٨/٢). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: تشبيه المنكوحة بمحرّمةٍ عليه على التّأبيد حرّم عليه الوطء، ودواعيه، وعرفه الشافعية بأنه: تشبيه الزوج زوجتَه غير البائن بأنثى لم تكن حِلاً له. ينظر: كنز الدقائق (ص: ٢٩٧)، ومغني المحتاج (٢٩/٥).

(٢) كفارة الظهار مذكورة في قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمۡ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٞ ٣ فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ فَإِطۡعَامُ سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ ذَٰلِكَ لِتُؤۡمِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۚ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۗ وَلِلۡكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ سورة المجادلة: آية ٣، ٤.

(٣) ينظر: الأم (٢٩٣/٥)، ومختصر المزني (٣٠٦/٨)، والحاوي الكبير (٤١٢/١٠)، ونهاية المطلب (٤٧٢/١٤)، وبحر المذهب (٢٤٥/١٠)، والتهذيب (١٥١/٦)، والبيان (٣٣٤/١٠).

(٤) ينظر: الأصل (١٣/٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٠١/٥)، والمبسوط (٢٣١/٦)، وبدائع الصنائع (٢٣٠/٣).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٤١٣/١٠)، وبحر المذهب (٢٤٥/١٠)، والبيان (٣٣٤/١٠).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠١/٥)، والمبسوط (٢٣١/٦)، وبدائع الصنائع (٢٣٠/٣).

عندنا[1]، بخلاف لهم[2].

❊ دليلنا: أن الذمي من أهل موجب الظهار، فيكون من أهل الظهار كالمسلم؛ لأن التصرف إنما يراد للموجب[3].

وإنما قلنا: أنه من أهل موجبه؛ لأن موجب الظهار حرمة مطلقة والذمي من أهل حرمة مطلقة، وبيان أن الموجب [١٧٠/أ] هذا هو أن الحرمة إنما تثبت بالظهار، والظهار مطلق بموجبه أيضًا، كذلك ولأن الكفارة ماحية، فلا بد أن تكون الحرمة مطلقة حتى تكون الكفارة ماحية.

أما إذا كانت ممدودة إلى وقت الكفارة، فلا تكون الكفارة ماحية عملًا، إذا ثبت أن الحرمة مطلقة منا كان الذمي من أهله، كحرمة الطلاق سواء؛ وبيان أنه من أهل الكفارة أن الكفارة إنما تتأدى بالإعتاق، وهو من أهل الإعتاق، ولأنه لا يخلو إما أن شرعت الكفارة للزجر أو التغطية، وكان الذمي من أهله لأنه ليس من ضرورة أن يحشر الذمي وعليه وزر الظهار، فدل أنه من أهل موجب الظهار، فصح ظهاره وتكفيره إذا أتى به كالمسلم[4].

❦ ودليلهم: أن الذمي ليس من أهل موجب الظهار، فلا يصح منه الظهار كالحربي[5].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤١٣)، وبحر المذهب (١٠/٢٤٥)، والبيان (١٠/٣٣٤).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٠١)، والمبسوط (٦/٢٣١)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٠).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤١٣)، وبحر المذهب (١٠/٢٤٥)، والبيان (١٠/٣٣٤).
(٤) ينظر: المراجع السابقة.
(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٠١)، والمبسوط (٦/٢٣١)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٠).

وبيان ذلك أن موجب الظهار حرمة ممدودة إلى وقت الكفارة، والذمي ليس من أهل حرمة ممدودة إلى وقت الكفارة؛ لأنه ليس من أهل الكفارة، وبيان أن الموجب هذا الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقوله ﷺ لسلمة بن صخر البياضي «لا بعد حتى تكفِّر»[1]، نهاه عن الوطء إلى حالة التكفير؛ لأنه ذكر بكلمة حتى، وحتى للغاية[2].

وأما المعنى: أن ملك النكاح لا ينفصل عن الحل؛ لأنه شرع له، وإذا ثبت الملك لا بد من ترتب الحل عليه، فلو قلنا: بأن موجب الظهار حرمة مطلقة يؤدي إلى تأخير الحل عن الملك لا إلى غاية، وهذا لا يجوز، نعم يجوز أن يتراخى إلى وقت معلوم؛ لأن التراخي إلى وقت معلوم لا يعد إبطالاً.

وبيان أن الذمي ليس من أهل الكفارة أن الكفارة عبادة؛ بدليل الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فإنه يتأدى بالصوم، والصوم عبادة؛ فلأن النية معتبرة، والنية إنما تعتبر في العبادات، ولأن من عليه يقيمه بنفسه ولا يقام عليه كالعقوبات.

---

(١) رواه الترمذي في سننه، أبواب الطلاق واللعان، باب: ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، (٣/٤٩٤)، برقم: ١١٩٨، عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال: «كفارة واحدة»، وأحمد في مسنده، مسند المدنيين، حديث سلمة بن صخر الزرقي الأنصاري، (٢٦/٣٤٦)، برقم: ١٦٤١٩، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب»، وقال الألباني: أخرجه الترمذي وأحمد من طريق محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن سليمان بن يسار عنه، وهذا إسناد ضعيف. ينظر: إرواء الغليل (٧/١٨٠).

(٢) ينظر: منازل الحروف (ص: ٤٨).




وأما الحقيقة: فلأنها شرعت ماحية والعبادة ماحية للمعصية، فدل أنها عبادة، فلا يصح من الكافر(١).

الجواب:

قولهم: بأن الذمي ليس من أهل موجب الظهار.

قلنا: لا نُسَلِّم.

وقولهم: أن موجبه حرمة مؤقتة ممدودة.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ أما الخبر قلنا: كلمة حتى تارة تستعمل للغاية، وتارة تستعمل للرفع(٢)؛ [١٧٠/ب] كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَغْتَسِلُواْ﴾(٣)، وهذا للرفع؛ لأن الاغتسال [واقع للجناية](٤) لا أنه غاية لها.

كذلك قولهم: بأن ملك النكاح ثابت، وهو لا ينفصل ولا يخلو عن الحل.

قلنا: إنما لا يجوز بقاء الملك بلا حل إذا لم يكن لمآل الحرمة رافع(٥) وكاشف(٦)، أما إذا كان لها كاشف ورافع فإنه يجوز، ولهذه الحرمة كاشف

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٠١)، والمبسوط (٦/٢٣١)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٠).

(٢) ينظر: الأصول في النحو (١/٤٢٥)، وعلل النحو (ص: ٣١٨).

(٣) سورة النساء: آية ٤٣.

(٤) في هذا الموضع في المخطوط، وردت ماهو مثبت في المتن، وهذه العبارة يبدو أنها من سهو الناسخ، والصواب هو «رافع للجنابة»؛ لأن السياق إليها أقرب، والله أعلم.

(٥) الرافع: هو ما لا يرتفع الحكم لولاه. ينظر: المستصفى (ص: ٨٦).

(٦) الكاشف: هو الخطاب الدال الكاشف عن مدة العبادة أو عن زمن انقطاع العبادة، ينظر: المستصفى (ص: ٨٦).




ورافع، وهو بيده، فإذا أراد الحل أتى بالكاشف.

أما قولهم: الذمي ليس من أهل الكفارة.

قلنا: لا نُسَلِّم على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأنه عبادة.

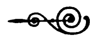
قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي مؤاخذة؛ لأنها متعلقة بالظهار، والظهار جناية، والذمي يتعلق به مؤاخذة.

قولهم: يتأدى بالصوم.

قلنا: الصوم ها هنا مؤاخذة، ثم نقول: الصوم خلف، والظهار سبب، والظهار جناية، فنقول: ما يتعلق بالجناية لا بد وأن يكون مؤاخذة، فنحن نظرنا إلى السبب فجعلنا الكفارة عقوبة، وأنتم نظرتم إلى الخلف فجعلتموها عبادة، فالنظر إلى السبب أولى؛ لأنها تثبت به.

قولهم: بأن الكفارة ماحية.

قلنا: العقوبات أيضًا ماحية، فلا حاجة إلى جعلها عبادة، وإن قلنا عبادة، لكن عبادة شرعت لمحو الإثم، لا للتقرب إلى الله تعالى، والكافر من أهل هذه العبادة؛ لأنه ليس من ضرورة أن يختبر وعليه الظهار على ما بَيَّنَّا[(١)]، والله أعلم.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤١٤).




٢١٦| مسألة:

المظاهر إذا وطئ المرأة التي ظاهر عنها بالليل عامدًا أو بالنهار ناسيًا لم ينقطع به التتابع عندنا[١]، وعندهم ينقطع ويلزمه الاستئناف[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المأمور تقديم الشهرين على المسيس والإخلاء[٣] وقع ضرورة واتفاقًا عندنا[٤]، وعندهم المأمور به التقديم والإخلاء[٥].

※ دليلنا: أن المأمور به إنما هو تقديم الشهرين على المسيس، أما الإخلاء فليس بمأمور به[٦].

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[٧]، الله تعالى أمر بتقديم الشهرين على المسيس[٨]، فصارت التخلية هي المأمور بها، وأما الإخلاء فلا، فإذا وطئ في خلال الشهر فقد عجز عن تقديم الشهرين على المسيس، ولكن لم يعجز عن تقديم أحد الشهرين على المسيس،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٥٢)، نهاية المطلب (١٤/٥٠٧)، والوسيط (٦/٦٢)، وبحر المذهب (١٠/٢٦٥).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٦٥)، والنتف (١/٣٧٥)، وتحفة الفقهاء (٢/٢١٤)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٤).

(٣) والإخلاء: أن يأتي بصوم شهرين خالية من المسيس. ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٥٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٥٣)، ونهاية المطلب (١٤/٥٠٧)، وبحر المذهب (١٠/٢٦٦).

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/٢١٥)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٤).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٥٣)، ونهاية المطلب (١٤/٥٠٧)، وبحر المذهب (١٠/٢٦٦).

(٧) سورة المجادلة: آية ٤.

(٨) ينظر: تفسير الماتريدي (٩/٥٦٠).




ويكون امتثالًا للأمر من وجه.

ولأنه لما كان مأمورًا بتقديم الشهرين على المسيس فيكون مأمورًا بتقديم كل واحد من الشهرين؛ لأن الإنسان إذا كان مأمورًا بتقديم الأشياء على شيء [١٧١/أ] واحد، فيكون مأمورا بتقديم كل واحد من تلك الأشياء على ذلك الشيء، وإذا وطئ فيكون عاجزًا عن تقديم الشهر الثاني، ولكن لم يعجز عن تقديم الأول، فقلنا: بأنه يبني ولا يستأنف حتى يكون امتثالًا للأمر من وجه، وهذا لأن الإنسان إذا كان مأمورًا بأشياء وعجز عن البعض وقدر على البعض فالمقدور عليه لا يسقط بالمعجوز عنه، كشرائط الصلاة إذا عجز عن بعضها أتى بما قدر عليه، كذلك ها هنا[١].

❁ ودليلهم: استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[٢]، وجه الدليل أن الله تعالى أمر بتقديم الشهرين على المسيس[٣].

والتقديم على المسيس لا يتصور إلا بعد الإخلاء عن المسيس، فيكون الإخلاء مأمورًا به كالتقديم، فإذا وطئها في خلال الشهرين فقد عجز عن تقديم الشهرين على المسيس، لكن لم يعجز عن الإخلاء الشهرين عن المسيس، فقلنا: بأنه يستأنف ولا يبني، حتى يكون فيه إخلاء الشهرين عن المسيس، ويكون فيه امتثالًا للأمر في كل الشهرين[٤].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٥٣)، نهاية المطلب (١٤/٥٠٧)، وبحر المذهب (١٠/٢٦٦).
(٢) سورة المجادلة: آية ٤.
(٣) ينظر: معاني القرآن وإعرابه (٥/١٣٤)، وبحر العلوم (٣/٤١٣).
(٤) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/٢١٥)، بدائع الصنائع (٣/٢٣٤).




الجواب:

قولهم: بأن الله تعالى أمر بالتقديم والأمر بالتقديم أمر بالإخلاء.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل المأمور به هو التقديم، أما الإخلاء وقع اتفاقًا؛ وبيان ذلك النص والحقيقة:

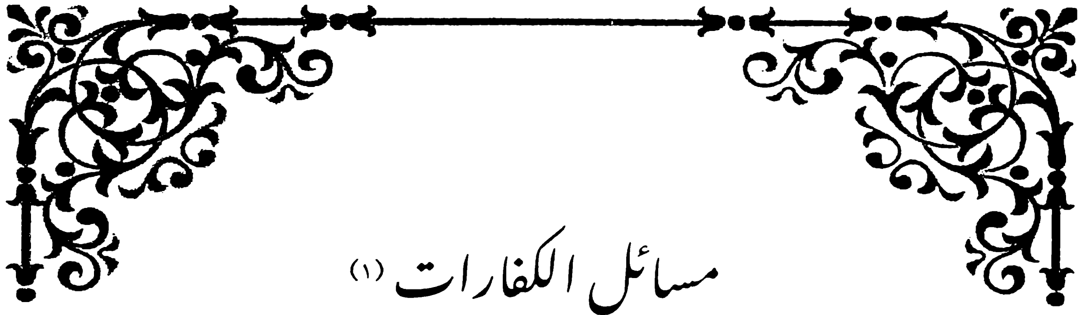
أما النص: فقوله تعالى: ﴿مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[1]، نص على القبلية والتقديم، وما تعرض للإخلاء.

وأما الحقيقة: فهي أن التقديم باعتبار الكفارة، والكفارة لا تخلو إما أن شرعت لكشف الحرمة أو لإنهاء الحرمة، وأيهما كان يحصل بالتقديم لا بالإخلاء، فصار مقصود الكفارة متعلقًا بالتقديم، فصار المأمور بالتقديم وبالوطء عجز عن تقديم أحدهما، ولم يعجز عن الأول على ما بَيَّنَّا، فلا بد من القول بالبناء[2]، والله أعلم.




(١) سورة المجادلة: آية ٤.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٥٤).



مسائل الكفارات[1]

[٢١٧] مسألة:

إعتاق الرقبة الكافرة لا يجزئ عن كفارة الظهار واليمين عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن تقييد المطلق بيان، وليس بنسخ عندنا[4]، وعندهم نسخ[5].

❊ دليلنا: أن الكفارة ضمان حق الله تعالى؛ لأنها تجب بالجناية على حق الله تعالى[6].

وضمان حق الله تعالى إنما يكون بأداء حق الله تعالى، وحق الله تعالى في العبادة هو العبادة[7] على ما قال الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا

---

(١) الكفارة: ما يكفر به اليمين وغيرها، وأصلها من التكفير، وهو التغطية، كأنها تغطي الذنب. ينظر: لسان العرب (١٤٨/٥)، والقاموس المحيط (ص: ٤٧١).

(٢) ينظر: الأم (٢٩٨/٥)، ومختصر المزني (٣٠٩/٨)، والإقناع (ص: ١٥٧)، والحاوي الكبير (٤٦١/١٠)، ونهاية المطلب (٥٢٤/١٤)، وبحر المذهب (٢٦٩/١٠)، والبيان (٣٦٣/١٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٨٦/٥)، والنتف (١٤٤/١)، والمبسوط (٢/٧)، ومختصر القدوري (ص: ١٦٥).

(٤) ينظر: قواطع الأدلة في الأصول (٤٤٣/١)، وشرح التلويح على التوضيح (٣٧/٢).

(٥) ينظر: الفصول في الأصول (٢٢٨/١)، وتقويم الأدلة (ص: ٢٣٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٤٦٢/١٠)، وبحر المذهب (٢٦٩/١٠)، والبيان (٣٦٤/١٠).

(٧) ينظر: التوحيد لابن عبد الوهاب (ص: ٩).

لِيَعْبُدُونِ﴾(١)، فإذا ثبت بأن حق الله تعالى [١٧١/ب] في العباد والعبادة، فإذا قتل شخصًا فقد فوت حق الله تعالى، حيث أعجزه عن العبادة.

فالشرع أوجب الإعتاق أداءً لحق الله تعالى الذي فوته؛ لأن العبد بحدوث الرق فيه صار عاجزًا عن معظم العبادات، فبالإعتاق قدر على الكل، فكأنه أعجز شخصًا وأقدر آخر، وهذا إنما يكون إذا كان مسلمًا، أما الكافر فلا؛ لأنه لا يقدر على أداء حق الله تعالى، لكون الكفر مانعًا عن القيام بالعبادات، أقصى ما في الباب أنه يسلم، لكن إذا أسلم لا يبقى كافرًا.

والكلام في الكافر إذا أعتق، فإن صفة الإيمان إنما تشترط لهذا المعنى، وهذا المعنى موجود في كفارة الظهار؛ لأنها وجبت لأداء حق الله تعالى، لأن الظهار جناية على حق الله تعالى، فلا بد من اشتراط صفة الإيمان حتى يحصل به أداء حق الله تعالى على ما بَيَّنَّا(٢).

♦ **ودليلهم**: أنه حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص، فوجب أن يجزئ كالمؤمنة(٣).

وبيان ذلك أن الشرع أمره بتحرير رقبة مطلقة، وهو قد حرر رقبة مطلقة، فوجب أن يخرج عن عهدة الأمر، وبيان أنه حرر رقبة مطلقة أن الرقبة عبارة عن هذه الأجزاء المركبة حسًا الموقوفة حكما، بدليل قصة الأعرابي(٤)؛

---

(١) سورة الذاريات: آية ٥٦.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٦٢)، وبحر المذهب (١٠/٢٦٩)، والبيان (١٠/٣٦٤).

(٣) ينظر: المبسوط (٧/٣)، شرح مختصر الطحاوي (٥/١٨٧).

(٤) روي أن أعرابيا أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، هلكت، وأهلكت، فقال: «ماذا صنعت؟» قال: واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا، فقال: «أعتق رقبة»، قال: لا أملك إلا رقبتي=

حيث وضع يده على رقبته وقال: والله لا أملك إلا رقبتي هذه.

إذا ثبت أن الرقبة عبارة عن هذا، فالكافر والمسلم يستويان في ذلك، ويصح أنه أعتق رقبة بقدر ما لزمه بالنص، أما اشتراط صفة الإيمان تؤدي إلى الزيادة على كتاب الله تعالى، وهذا لا يجوز، ويؤدي إلى تغيير كتاب الله تعالى؛ وبيان ذلك وهو أن الأجزاء قبل اشتراط صفة الإيمان تتعلق بالإعتاق مطلقًا، وبعد الاشتراط تتعلق بالإعتاق بوصف الإيمان، فيكون تغييرًا ونسخًا ولا يجوز التغيير ولا النسخ[١].

ولأن التقييد بوصف الإيمان لا يخلو؛ إما أن يكون بحمل المطلق على المقيد، أو بالقياس، أو بالاستدلال، بطل أن يقال: بالحمل؛ لأن المطلق إذا ورد في موضع، والمقيد ورد في موضع آخر، فلا يحمل المطلق على المقيد بنفس الورود؛ ولأن المطلق حكم والمقيد، حكم فحمل أحدهما على الآخر ليس بأولى من حمل الآخر عليه[٢]، ولا يمكن المصير إلى القياس أيضًا؛

= هذه، قال: «فصم شهرين متتابعين»، فقال: وهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم، فقال: «أطعم ستين مسكينا»، فقال: لا أجد، فأمر رسول الله ﷺ بأن يؤتى بفرق من تمر ويروى بفرق فيه خمسة عشر صاعا وقال: «فرقها على المساكين»، فقال: والله ليس بين لابتي المدينة أحد أحوج مني، ومن عيالي، فقال: كل أنت وعيالك يجزئك، ولا يجزئ أحدا بعدك. رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الصوم، باب: إذا جامع في رمضان، ولم يكن له شيء، (٣٢/٣)، برقم: ١٩٣٦، ومسلم في صحيحه، كتاب: الصيام، باب: تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم، ووجوب الكفارة الكبرى فيه وبيانها، وأنها تجب على الموسر والمعسر وتثبت في ذمة المعسر حتى يستطيع، (٧٨٢/٢)، برقم: ١١١١.

(١) ينظر: المبسوط (٣/٧)، وشرح مختصر الطحاوي (١٨٧/٥).

(٢) ينظر: أصول السرخسي (٢٦٧/١)، وتقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: ١٤٦).

لأنه لا مجال للقياس في وصف الكفارة، ولا يجوز المصير إلى الاستدلال أيضًا؛ لأن القتل سبب [١٧٢/أ] والظهار سبب آخر واختلاف الأسباب يدل على اختلاف الأحكام[١].

الجواب:

قولهم: حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص.

قلنا: لا نُسَلِّم، وإن الواجب إعتاق رقبة مؤمنة على ما بَيَّنَّا؛ لأن الآية إن لم تدل على وصف الإيمان إلا أنه وجد الدليل من الشرع على ذلك على ما بَيَّنَّا.

قولهم: أنه زيادة على النص.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو وصف حكم إلى حكم آخر.

قولهم: بأن اشتراط صفة الإيمان إما بالحمل وبالقياس أو بالاستدلال.

قلنا: الكل جائز، أما حمل المطلق على المقيد جائز، ويكون تأكيدًا وبيانًا كالشهادة، ذكر الشرع مطلقًا ثم قام الدليل على العدالة، والقياس جائز أيضًا؛ لأن القياس دليل للشرع، فيجوز إثبات الأحكام، والاستدلال جائز بالقتل على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن هذا تغيير.

قلنا: إنما يكون معتبرًا أن لو كان حكم النص الأجزاء مطلقًا، وليس

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

كذلك، بل هو موقوف على قيام دليل، إن لم يقم دليل على اعتبار شيء آخر تبين أن الحكم هو الأجزاء مطلقًا، ثم نقول: اشتراط صفة الإيمان يكون تخصيصًا، ولا يكون تقييدًا كالسلامة عن العيوب، فإنها مقيدة بصفة السلامة، وبعد ذلك تخصيصًا، كذلك ها هنا(١)، والله أعلم.



٢١٨| مسألة:

إعتاق المكاتب عن جهة الكفارة لا تجزئ(٢)، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المكاتب زال عن ملك مولاه من وجه عندنا(٤)، وعندهم ما زال(٥).

❊ دليلنا: لم يأت بالواجب؛ لأن الواجب عليه إزالة الرقبة عن ملكه من كل وجه، ولم يوجد في المكاتب ذلك(٦).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٦٥).

(٢) ينظر: الأم (٧/٦٩)، ومختصر المزني (٨/٣٠٩)، والحاوي الكبير (١٠/٤٧٠)، والمهذب (٣/٧١)، ونهاية المطلب (١٤/٥٢٩)، وبحر المذهب (١٠/٢٧٣)، والتهذيب (٦/١٧٠)، والبيان (١٠/٣٧٣).

(٣) هذا فيما إذا لم يؤد شيئا من الكتابة، أما إذا أدى شيئا فلا يجوز العتق. ينظر: الأصل (٣/١٩٨)، شرح مختصر الطحاوي (٥/١٨٩)، والنتف (١/٣٨٤)، والمبسوط (٧/٥)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٨٢)، وبدائع الصنائع (٥/١٠٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧١)، وبحر المذهب (١٠/٢٧٤). والتهذيب (٦/١٧٠)، والبيان (١٠/٣٧٣).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٨٩)، والمبسوط (٧/٦)، وبدائع الصنائع (٥/١٠٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧١)، وبحر المذهب (١٠/٢٧٤). والتهذيب (٦/١٧٠)، والبيان (١٠/٣٧٣).




لأن المكاتب بعد الكتابة زال عن ملكه من وجه؛ بيان ذلك المكاتب بإجماع الفقهاء صار مالكًا من وجه[١]، وإذا صار مالكًا من وجه لا يبقى مملوكًا من ذلك الوجه.

ولهذا تعامل مع السيد معاملة الأجانب، حتى أن السيد لو جنى عليه يستحق الأرش على سيده، وإذا وطئ جارية تستحق العقر على سيده؛ ولأن الرق عبارة عن الضعف[٢]، وبعقد الكتابة زال معظم الضعف، وظهر شعار الأحرار في حقه، ولهذا إذا قال: مماليكي أحرار، لا يدخل تحت هذا اللفظ، إذا ثبت هذا فوجب أن لا يجزئ كأم الولد سواء[٣].

❖ **ودليلهم**: أنه حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص، فوجب أن يجوز كالقن، وهذا لأن المكاتب رقبة كالقن[٤].

لأن الرقبة عن جملة مركبة حسًا مرقوقة حكمًا[٥]، وهذا موجود في المكاتب؛ لأن المكاتب رقبة على ما قال الله تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾[٦]، والمراد بها المكاتبون[٧].

---

(١) ينظر: مراتب الإجماع (ص: ١٦٤).

(٢) ينظر: التعريفات الفقهية (ص: ١٠٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧١)، وبحر المذهب (١٠/٢٧٤). والتهذيب (٦/١٧٠)، والبيان (١٠/٣٧٣).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٨٩)، والمبسوط (٧/٦)، وبدائع الصنائع (٥/١٠٧).

(٥) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (ص: ١٨٠).

(٦) سورة البقرة: آية ١٧٧.

(٧) ينظر: تفسير الطبري (٣/٣٤٧)، والهداية الى بلوغ النهاية (٤/٣٠٤٣).




وإنما قلنا: حرر [١٧٢/ب] لأنه قال: حررتك أو أعتقتك، والحرية ظهرت عقيب هذا اللفظ، إذا ثبت أن الرق، وجد وأن التحرير قد وجد، وجب أن يخرج عن العهدة، ثم الدليل على أن المكاتب مملوك النص والحقيقة والحكم؛ أما النص: فقوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»(١).

وأما الحقيقة: فهي أن الملك لو زال من وجه إنما زال إلى الحرية، والحرية إذا ثبتت من وجه لا يمكن نقضه، وها هنا يمكن رد المكاتب إلى المملوكية بأن يعجز نفسه، فدل أن الملك ما زال، ولأن الرق لا يقبل التجزيء فإذا زال زال من كل وجه، نعم زالت اليد، أما أن يقال: زال ملك الذات فلا، والإعتاق تصرف في الذات، والذات مملوكة له على الكمال، فيجوز(٢).

الجواب:

قولهم: حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص.

قلنا: لا نُسَلِّم، فإن الواجب عليه إعتاق رقبة مملوكة من كل وجه، وهو

---

(١) رواه أبي داود في سننه، كتاب: العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، (٤/ ٢٠)، برقم: ٣٩٢٦، ورواه الترمذي في سننه، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي، (٥٥١/٢) برقم: ١٢٥٩، وقال: «هذا الحديث روي من طريق أبى عتبة إسماعيل بن عياش، قال: حدثنى سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به». وقال الألباني: وهذا إسناد حسن، رجاله كلهم ثقات، وعمرو بن شعيب فيه الخلاف المشهور، وإسماعيل بن عياش ثقة فى الشاميين، وهذا منه، فإن سليمان بن سليم شامى أيضا، ينظر: إرواء الغليل (١١٩/٦).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٨٩/٥)، والمبسوط (٦/٧)، وبدائع الصنائع (١٠٧/٥).

مملوك من وجه دون وجه.

قولهم: [بأنه][1] مملوك من كل وجه؛ بدليل أن النبي ﷺ سماه عبدًا.

قلنا: إنما سماه عبدًا؛ لأنه مملوك من وجه، أو لأنه كان مملوكًا من كل وجه.

قولهم: بأنه لو زال لزال إلى الحرية وشيء منها لم يثبت.

قلنا: هذا إلزام عليكم؛ لأن عندكم زال عن ملكه يدًا، وصار مالكًا يدًا وحرًا يدًا، ومع ذلك يقبل للنقض، وكان الفقه فيه أن المالكية إنما تثبت بناء على عقد الكتابة، وعقد الكتابة عقد معاوضة، والمعاوضة تقبل النقض، فالذي يبني عليها أيضًا يقبل النقض، ثم نقول: النقض إنما لا يتصور إذا نزل شيء من الحرية، ولا ينزل شيء منها بعد؛ لأنه يجوز أن يزول الملك، ولا يزول شيء من الحرية إذا كان في رفع الحرية فائدة[2]، والله أعلم.



٢١٩ | مسألة:

إذا اشترى أباه ناويًا عن جهة الكفارة لا يجزئ عن الكفارة عندنا[3]، خلافًا لهم[4].

---

(١) في المخطوط: [بأنهم].

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧٦)، والمهذب (٣/٧١)، ونهاية المطلب (١٤/٥٣٢)، والوسيط (٦/٥١)، والتهذيب (٦/١٧١).

(٤) ينظر: الأصل (٢/٢٨٢)، ومختصر القدوري (ص: ١٦٦)، والمبسوط (٧/٨)، وتحفة الفقهاء (٢/٣٤٤)، وبدائع الصنائع (٤/٤٧).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الشري جلب الملك عندنا[١]، وعندهم شري القريب إعتاق[٢].

❊ دليلنا: أنه لم يأت بالمأمور، فلا يخرج عن عهدة الأمر[٣].

بيانه أنه مأمور بالإعتاق، ولم يوجد منه الإعتاق؛ لأن الموجد منه الشري، والشري ليس بإعتاق، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهو أن الشري وضع يجلب الملك، والإعتاق لإزالة الملك، وبينهما تضاد؛ ولأنه لا يخلو إما أن يكون إعتاقًا حقيقة أو مجازًا، بطل أن يقال: حقيقة؛ لأن الحقيقة اسم لكلام موضوع لمعنى [١٧٣/أ][٤].

والشري إنما وضع لجلب ملك، فلا يكون مجازًا أيضًا؛ لأن المجاز إنما يكون إذا كان بين اللفظين مشابهة في المعنى، أو اتصال من حيث السببية، ولم توجد المشابهة؛ لأن الشري للجلب، والإعتاق للإزالة، ولم يوجد الاتصال أيضًا؛ لأن الشري قط لا يكون سببًا لزوال الملك بواسطة الثبوت، فدل أنه ليس بإعتاق، إلا أن العتق حصل شرعًا؛ لأنه حصل بالقرابة، والقرابة لا تكون بفعله بل حكم شرعي، فالعتق الذي ينبني عليها حصل شرعًا أيضًا، بيانه أنه حصل بالقرابة؛ لأنه جزاء القرابة، وجزاء القرابة

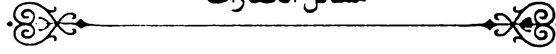
---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٦/١٠)، والوسيط (٥١/٦)، والتهذيب (١٧١/٦) والبيان (٣٧٤/١٠).

(٢) ينظر: المبسوط (٨/٧)، وبدائع الصنائع (٤٧/٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٤٧٦/١٠)، والوسيط (٥١/٦)، والتهذيب (١٧١/٦) والبيان (٣٧٤/١٠).

(٤) ينظر: التعريفات (ص: ٨٩).



معلل بعلة القرابة، فدل أنه حصل شرعًا، فلا يجزئ عن الكفارة[1].

♦ **ودليلهم**: أنه حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص، فوجب أن تجزئه عن الكفارة، كما لو كان أجنبيًا[2].

بيان أنه حرر لأن الشري للقريب إعتاق بدليل النص والحقيقة والحكم:

أما النص فقوله ﷺ: «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه»[3]، سماه معتقًا، وذكر بحرف الفاء، والفاء للتعقيب[4]، يعني فيعقبه بالشري.

هذا كقول القائل: ضربه فأوجعه، يعني بالضرب؛ ولأنه عليه السلام قال: «لن يجزي»، سماه مجازيًا، وإنما يصير مجازيًا بفعل نفسه، وفعله للشري، فدل أن الشري إعتاق.

وأما الحقيقة: فهو أن الشري سبب الملك، والملك سبب للصلة، والعتق صلة.

وإنما قلنا: أن العتق صلة؛ لأن العتق وصول النفس إلى العبد بغير عوض، وهذا صلة.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧٦)، والوسيط (٦/٥١)، والتهذيب (٦/١٧١)، والبيان (١٠/٣٧٤).

(٢) ينظر: المبسوط (٧/٨)، وبدائع الصنائع (٤/٤٧).

(٣) رواه مسلم في صحيحه في كتاب: العتق، باب: فضل عتق الوالد، (٢/١١٤٨)، برقم: ١٥١٠.

(٤) ينظر: اللباب في قواعد اللغة (ص: ١١٧)، ونتائج الفكر في النحو (ص: ١٩٦).

وبيان أن العتق يوجب للصلة الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن الصلة قربة وطاعة بدليل ورود الأخبار[1]، والملك نعمة، والنعمة تأثير في إيجاب القربة والطاعة بطريق الشكر، فإذا كانت الصلة طاعة، وللملك تأثير في إيجاب الطاعة بطريق الشكر، فيكون مؤثرًا في إيجاب الصلاة.

وأما الحكم: فإن الملك يوجب النفقة صلة[2]، وكذلك يوجب الزكاة صلة، إذا ثبت أن الإعتاق صلة، والملك يوجب الصلة، والشري يوجب الملك، فيضاف العتق إلى الشري بواسطة الملك، ويجوز إضافة الحكم إلى السبب بواسطة، فدل أن الشري إعتاق[3].

الجواب:

قولهم: حرر رقبة.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: الشري إعتاق.

---

(١) ومما يدل على ذلك قوله تعالى على سبيل المدح والثناء: ﴿وَٱلَّذِينَ يَصِلُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَن يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوٓءَ ٱلْحِسَابِ﴾ [الرعد: ٢١]، وحديث عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ، يقول: «من سره أن يبسط له في رزقه، أو ينسأ له في أثره، فليصل رحمه». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: من أحب البسط في الرزق، (٥٦/٣)، برقم: ٢٠٦٧، ومسلم في صحيحه، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: صلة الرحم وتحريم قطيعتها، (١٩٨٢/٤)، برقم: ٢٥٥٧.

(٢) ينظر: المبسوط (١٨٠/٥)، وبحر المذهب (٤٤٠/١١).

(٣) ينظر: المبسوط (٨/٧)، وبدائع الصنائع (٤٧/٤).




قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم بأن النبي ﷺ [١٧٣/ب] سماه معتقًا.

قلنا: سماه معتقًا مجازًا؛ لأنه بالشري أوجد شرط الإعتاق، وهو الملك.

قولهم: ذكر بفاء التعقيب.

قلنا: الفاء للتعقيب، لا التسبيب، ونحن نقول: بأن العتق حصل عقيب الشري لا بالشري؛ لأنه لا تأثير للشري.

قولهم: بأن الشري سبب للملك والملك يوجب الصلة، والعتق صلة.

قلنا: بلى، العتق صلة، لكن لا نُسَلِّم أن الملك يوجب للصلة، أما النفقة والزكاة لا نقول أنهما صلة، ثم نقول: الملك لو أوجب إنما يوجب صلة تأتي على بعض الملك، وهذا يأتي على جميع الملك، فلا يصلح صلة، بل هو جزاء على حق القرابة، والقرابة هي المؤثرة، لا الملك، على ما بَيَّنَّا(١)، والله أعلم.



|٢٢٠| مسألة:

إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدك عني، ولم يذكر العوض، ونوى عن الكفارة، فقال: أعتقت، يقع عن المستدعي الملتمس عندنا(٢)، وعندهم عن

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٤٧٦).

(٢) ينظر: المهذب (٣/٧٢)، ونهاية المطلب (١٤/٥٤٣)، والوسيط (٦/٥٤)، وبحر المذهب (١٠/٢٨٠)، والتهذيب (٦/١٧٣)، والبيان (١٠/٣٨٢).

المالك[١].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الهبة الحاصلة في ضمن الإعتاق لا تفتقر إلى القبض عندنا[٢]، وعندهم تفتقر[٣].

❊ دليلنا: أنه أعتق بسؤال من هو أهل الإعتاق عنه، فوجب أن يقع عنه كما إذا ذكر العوض[٤].

وهذا لأنه إذا قال: أعتق عبدك عني، فالحاجة ماسة إلى إدراج الهبة فيه، فإذا أدرجناها فيه وصح أفاد الملك، فتمكن بناء العتق عليه للملتمس، كما إذا ذكر العوض، فإن هناك الحاجة ماسة إلى إدراج البيع فيه، فأدرجناه وصح وأفاد الملك.

ويبنى عليه الملك كذلك ها هنا، إلا أن الهبة تفيد الملك بلا عوض[٥]، والبيع يفيده بعوض، والملك بلا عوض، كالملك بعوض في قبول الإعتاق، وكان مقتضى القياس أن الالتماس لا يجوز، غير أن الشرع جوز ذلك باعتبار الحاجة؛ لأنه ربما يتفرع إلى شري العبد والإعتاق، فالشرع جوز، وكما أن الحاجة ماسة إلى الالتماس بعوض، فهي ماسة إلى الالتماس بغير عوض، فوجب أن يجوز[٦].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٠٤)، والمبسوط (١١/٧)، وبدائع الصنائع (٤/١٦١).

(٢) ينظر: المهذب (٣/٧٢)، والوسيط (٦/٥٤)، والتهذيب (٦/١٧٣)، والبيان (١٠/٣٨٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٠٤)، والمبسوط (١٢/٧)، وبدائع الصنائع (٤/١٦١).

(٤) ينظر: المهذب (٣/٧٢)، والوسيط (٦/٥٤)، والتهذيب (٦/١٧٣)، والبيان (١٠/٣٨٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٧/٢٧٠)، التنبية (ص: ٨٩).

(٦) ينظر: المهذب (٣/٧٢)، والوسيط (٦/٥٤)، والتهذيب (٦/١٧٣)، والبيان (١٠/٣٨٢).




❖ودليلهم: أنه مستوهب لم يقبض، ولم يقبض له، فلا يقع له العتق(١).

وقولنا: مستوهب، لا إشكال فيه؛ لأنه ينال العتق بلا عوض، وقولنا: لم يقبض، ظاهر؛ لأن المسألة مصورة في هذا، وإذا لم يقبض يكون هذا هبة بدون القبض، فلا يفيد الملك؛ لأن الهبة سبب شرعي يعرف بالشرع، والشرع ما جعل الهبة مفيدًا للملك بدون القبض، فإذا لم يوجد فلا يفيد،

وإذا لم يفد الملك [١٧٤/أ] فلا يمكن بناء العتق على نية الملتمس، فيقع عن الملك(٢)، وخرج على هذا ما إذا ذكر العوض؛ لأن هناك المدرج هو البيع، وهو يفيد الملك بدون القبض فيمكن بناء العتق للملتمس(٣)، بخلاف مسألتنا.

الجواب:

قولهم: مستوهب لم يقبض.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل وجد القبض؛ لأنه إذا أعتق العبد يقبض عن نفسه للمستوهب ثم لنفسه، هذا كمن أحاله دينًا له على غريمه، يقبضه أولًا له، ثم بنفسه، ثم ولئن سلمنا أنه لم يقبض عنه، لكن لم قلتم: أنه لا يصح؟!

قولهم: بأن الهبة إنما تكون سببًا للملك بعد القبض.

قلنا: ذاك في هبة وقعت ابتداء، أما الهبة إذا وقعت في ضمن الإعتاق

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٠٤)، والمبسوط (٧/١٢)، وبدائع الصنائع (٤/١٦١).
(٢) ينظر: المراجع السابقة.
(٣) ينظر: المراجع السابقة.

فلا ؛ لأن الاعتبار بشرائط المتضمن ، لا بشرائط المتضمن ، والمتضمن هو الإعتاق ، وليس من شرط القبض هذا ، كما إذا ذكر العوض ، فإنه يندرج البيع ، ولم توجد شرائط للبيع ، وكما أن الهبة لا تفيد الملك إلا بالقبض ، فالبيع لا يفيد الملك إلا بالقبول ، ولم يوجد ، ومع ذلك يفيد ؛ لأن الاعتبار بشرائط المقتضي ، كذلك الهبة وجب أن تكون كذلك[(١)] ، والله أعلم .



|٢٢١| مسألة:

الإطعام المأمور به في باب الكفارات يعتبر فيه التمليك من المساكين عندنا ، حتى لو غداهم وعشاهم لا يجزئ[(٢)] ، وعندهم يجزئ ذلك[(٣)] .

وبناء المسألة على التمليك ؛ هل يشترط أم لا ؟! عندنا: نعم[(٤)] ، وعندهم: لا[(٥)] .

❊ دليلنا: أنها قربة من حيث إخراج المال ، فوجب أن يعتبر فيه التمليك كالزكاة والكسوة في الكفارة[(٦)] .

وقولنا: قربة ، لا إشكال فيه .

---

(١) ينظر: بحر المذهب (١٠/٢٨١).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٥٢٢) ، نهاية المطلب (١٤/٥٧٣) ، بحر المذهب (١٠/٣٠٢).

(٣) ينظر: النتف (١/٣٨٥) ، والمبسوط (٧/١٥) ، وتحفة الفقهاء (٢/٣٤١) ، وبدائع الصنائع (٥/١٠٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٥٢٣) ، وبحر المذهب (١٠/٣٠٢).

(٥) وإنما يعتبرون ذلك التمكين ، والتمكين يحصل بالغداء والعشاء ينظر: المبسوط (٧/١٥) ، وبدائع الصنائع (٥/١٠١).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٥٢٣) ، وبحر المذهب (١٠/٣٠٢).

وقولنا: من إخراج المال، ظاهر أيضًا؛ لأن بالإطعام يزول المال عن ملكه، ويحصل فيه تنقيص المال، فإذا كان قربة من حيث الإخراج، فيعتبر فيه تمام القربة، وتمام معنى القربة بتمام الإخراج، وتمام الإخراج بالتمليك؛ لأن بالتقديم لا يزول المال عن ملك، لأن المستبيح إنما يأكل على ملك المبيح، لا على ملك نفسه، فإذا لم يزل عن ملك لا يوجد الإخراج من كل وجه، وإنما وجد من وجه دون وجه، ولهذا المعنى التمليك يجزئ ولو كان الأمر كما قلتم وجب أن لا يكون مجزئًا(١).

♦ ودليلهم: قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾(٢)؛ وجه الدليل أن الله تبارك وتعالى أمرنا بالإطعام، والإطعام عبارة عن تقديم الطعام والتمكين؛ بدليل قوله تعالى: [١٧٤/ب] ﴿وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾(٣)؛ يعني يقدمون الطعام(٤)، وكذلك يقال: فلان يطعم الطعام ويكرم الضيفان؛ يعني يقدم الطعام بين أيديهم، فدل أن الإطعام عبارة عن التقديم، فإذا قدم الطعام فقد خرج عن عهدة الأمر(٥).

وخرج على هذا الكسوة؛ حيث يعتبر فيها التمليك، لأن النص هناك ورد في نفس الثوب، لأن الكسوة عبارة عن الثوب، والكفارة لا تتأدى بنفس الثوب، فلا بد من إدراج فعل فأدرجنا فيه التمليك، لأنه لاقى نفس الثوب(٦).

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.
(٢) سورة المجادلة: آية ٤.
(٣) سورة الإنسان: آية ٩.
(٤) ينظر: تفسير ابن كثير (٢٨٨/٨).
(٥) ينظر: المبسوط (١٥/٧)، وبدائع الصنائع (١٠١/٥).
(٦) ينظر: المراجع السابقة.

الجواب:

قولهم: بأن الله تعالى أمر بالإطعام، وهو عبارة عن التمكين.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو عبارة عن التمليك؛ بدليل ما روي: أن النبي ﷺ أطعم الجدة السدس[1]؛ أي ملكها، ويقال: أطعمتك؛ أي جعلت لك طعمة، وهذا بالتمليك حتى يكون طعمة في جميع [الآفاق][2]، ولهذا لو قال: جعلت هذه الدار طعمة، يكون تمليكًا.

ثم نقول: بل الله تعالى أمرنا بالإطعام، لكن له جهتان: التمليك، والتمكين؛ وجهة التمليك أولى بالاعتبار مشروعًا ومعقولًا.

أما المعقول: ما بَيَّنَّا من أن الإخراج إنما يتم به.

وأما المشروع: الكسوة.

قولهم: بأن في باب الكسوة ورد النص في نفس الثوب.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ لأن الكسوة عبارة عن الفعل، يقال: كسى يكسو كسوة؛

---

(١) رواه النسائي في سننه الكبرى، كتاب: الفرائض، باب: ذكر الجدات والأجداد، ومقادير نصيبهم، (٦/١١١)، برقم: ٦٣٠٤، والبيهقي في سننه الكبرى، أبواب: جماع المواريث، باب: فرض الجدة والجدتين، (٦/٣٨٥)، برقم: ١٢٣٣٩، وقال في الذخيرة: رواه أبو المُنِيب: عن عبد الله بن بُرَيْدَة، عن أبِيه. وَاسم أبي المُنِيب: عبيد الله بن عبد الله العَتَكِي، وهو لابأس به. ينظر: ذخيرة الحفاظ (١/٤١٢).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة «الآفاق» كما هي مثبتة في المتن؛ لكن فيما يبدو لي أنها من سهو الناسخ واللفظة الصحيحة هي «الأوقات»؛ لأن السياق إليها أقرب، والله أعلم.

يعني ملكه، ولو كان الأمر كما قلتم من أن الكسوة إنما تراد لدفع الحر والبرد، وقد حصل بالتمكين، يوجب أن لا يعتبر فيه التمليك، ومع ذلك يعتبر، كذا ها هنا، والله أعلم.



|٢٢٢| مسألة:

من وجب عليه إطعام عشرة مساكين أو ستين مسكينًا، لا يجوز له أن يدفعه إلى مسكين واحد في ستين يومًا أو عشرة أيام عندنا، بل لا بد من الدفع إلى ستين، أو إلى عشرة[(١)]، وعندهم يجوز[(٢)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الكفارة حق الفقير عندنا[(٣)]، وهو المستحق لها، وعندهم هي حق الله تعالى، والفقير مصرف[(٤)].

❊ **دليلنا**: أنها مال واجب لجماعة، فلا يجوز حرمان البعض؛ كما لو أوصى إنسانا لجماعة[(٥)].

وإنما قلنا وجب لجماعة؛ لأن الكفارة حق الفقير؛ بدليل أن التمليك

---

(١) ينظر: الأم (٥/٣٠٢)، ومختصر المزني (٨/٣٩٩)، والحاوي الكبير (١٠/٥١٣)، ونهاية المطلب (١٤/٥٧٣)، وبحر المذهب (١٠/٣٠٠).

(٢) ينظر: الأصل (٢/٢٨٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١٩٧)، والمبسوط (٧/١٧)، وتحفة الفقهاء (٢/٣٤١)، وبدائع الصنائع (٥/١٠٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٥١٤)، وبحر المذهب (١٠/٣٠٠)، والتهذيب (٦/١٨٦)، والبيان (١٠/٣٩١).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/١٩٧)، والمبسوط (٧/١٧)، وبدائع الصنائع (٥/١٠٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٥١٤)، وبحر المذهب (١٠/٣٠٠)، والتهذيب (٦/١٨٦)، والبيان (١٠/٣٩١).




واجب في الكسوة بالاتفاق(١)، وفي الإطعام مجزئ، والتمليك إنما أوجب في حق العباد، لا في حق الله تعالى؛ لأن المشروع في حق الله تعالى الإتلاف والتنقيص [١٧٥/أ] كالهدايا والضحايا، ولأن الواجب هو المال، والمال لا يجب بعينه، وإنما يجب لمنافعه، والمنتفع هو الفقير، فدل أنه وجب له، فصح أنه حق واجب للجماعة، فلا يجوز حرمان البعض كالوصية لجماعة(٢).

❖ ودليلهم: أن الكفارة حق الله تعالى، والفقير مصرف(٣).

بيان أنها حق الله تعالى أنها وجبت بالجناية على حق الله تعالى، ولأنها عبادة، والعبادة حق الله تعالى، فدل أنها حق الله تعالى، والفقير مصرف، وإنما صار مصرفًا باعتبار الحاجة؛ لأن الله تعالى لما خلق العباد ضمن أرزاقهم، فإذا أوجب الطعام على إنسان أحال الفقير به على هذا الشخص بدلًا عن الرب تعالى، وأنه إذا قبض قبض لله تعالى، ثم منه لنفسه، فإذا ثبت بأن الصرف إلى الفقير يدفع الحاجة، فتجدد الحاجة كتجدد الأشخاص، فإذا دفع إليه ستين يومًا كأنه دفع إلى ستين مسكينًا، فيخرج عن العهدة(٤).

الجواب:

قولهم: بأن الكفارة حق الله تعالى.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٥/٧)، الحاوي الكبير (٥٢٣/١٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٥١٤/١٠)، وبحر المذهب (٣٠٠/١٠)، والتهذيب (١٨٦/٦)، والبيان (٣٩١/١٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٩٧/٥)، والمبسوط (١٧/٧)، وبدائع الصنائع (١٠٤/٥).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو حق الفقير.

قولهم: وجب بالجناية على حق الله تعالى.

قلنا: ما وجبت بالجناية على حق الله تعالى، إنما وجبت حقًّا لله تعالى إذا صلحت حقًّا لله تعالى، والكفارة لا تصلح حقًّا لله تعالى؛ لأن التمليك واجب، والواجب هو المال، بل الكفارة مواساة مع الفقراء، والتكفير إنما يحصل بامتثال الأمر، والامتثال لا يختلف سواء كان الحق لله تعالى أو الفقير.

ثم وإن قلنا: بأنه حق الله تعالى، ولكن الله تعالى حق الصرف إلى العشرة أو الستين، فوجب أن يصرف إلى جميع المصارف، فإذا صرف إلى واحد منهم فتداخل بالواجب.

قولهم: أن تجدد الحاجة كتجدد الشخص.

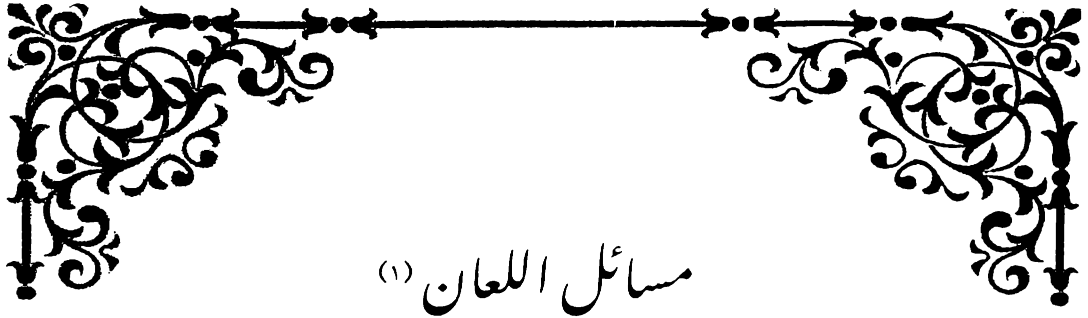
قلنا: لا تعويل على الحاجة؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الحاجة أمر في الباطن لا تعلق الوقوف عليه، فالشرع أعرض عن ذلك، وعلق بالسبب الظاهر وهو المكنة.

وأما الحكم: فلأن الفقير إذا استغنى يجوز الدفع إليه، ولم توجد الحاجة، فدل أنه لا اعتبار به[1]، والله أعلم.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/٥١٤).



مسائل اللعان[1]

|٢٢٣| مسألة:

اللعان يجزئ عندنا بين العبد وامرأته الحرة، وبين الحر وامرأته الأمة، وبين المسلم وامرأته الأمة، وبين المسلم وامرأته الكافرة، وبين المحدود في القذف وامرأته[2]، وعندهم لا يجزئ في هذه المواضع[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اللعان يمين، وهؤلاء من أهل الأيمان [١٧٥/ب][4]، وعندهم شهادة، وهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة[5].

---

(١) اللعان: مأخوذ من اللعن، واللعن: الإبعاد والطرد من الخير، وقيل: الطرد والإبعاد من الله، ومن الخلق السب والدعاء، واللعنة الاسم، والجمع لعان ولعنات. ينظر: مختار الصحاح (ص: ٢٨٣)، ولسان العرب (٣٨٧/١٣). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: شهادات مؤكّدات بالأيمان مقرونة باللّعن قائمة مقام حد القذف في حقّه، ومقام حدّ الزّنا في حقّها، وعرفها الشافعية: من كلمات معلومة جعلت حب للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق به العار، ينظر: كنز الدقائق (ص: ٣٠١)، ودرر الحكام (٣٩٦/١)، والنجم الوهاج (٨٥/٨)، وتحفة المحتاج (٢٠٢/٨).

(٢) ينظر: الأم (١٣٣/٥)، ومختصر المزني (٣١٣/٨)، واللباب (ص: ٣٣٩)، والحاوي الكبير (١٥/١١)، والمهذب (٨٦/٣).

(٣) ينظر: الأصل (٤٢/٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٠٣/٥)، والمبسوط (٤٠/٧)، وتحفة الفقهاء (٢١٩/٢)، وبدائع الصنائع (٢٤٣/٣).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٣١٣/٨)، واللباب (ص: ٣٣٩) والحاوي الكبير (٢٧٢/١٥)، ونهاية المطلب (٨/١٥).

(٥) ينظر: الأصل (٤٢/٥)، والمبسوط (٤٠/٧)، وتحفة الفقهاء (٢١٩/٢)، وبدائع الصنائع (٢٤٣/٣).

❊ دليلنا: أن اللعان يمين، وهؤلاء من أهل الأيمان، فصح لعانهم، كالمسلم الذي لم يحد في القذف مع امرأته المسلمة[١].

وبيان أنه يمين الشرع والحقيقة:

أما الشرع: فقول الله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[٢]، وقوله: بالله، لا يحتمل غير اليمين.

وأما الحقيقة: فهي أن كلمات اللعان كلمات شرعت في محل اليمين، ومحل اليمين لا يتسع لغير اليمين، وبيان أنه شرع في محل اليمين؛ لأنه شرع لتصديق نفسه وتصديق الحالف، والشهادة ما شرعت لتصديق الشاهد.

وأما الحكم: فلأنه يصح من الفاسق، واليمين يصح من الفاسق[٣]، أما الشهادة فلا[٤]، وكذلك يصح من الأعمى[٥]، فدل أنه يمين، فيصح من هؤلاء؛ وهذا لأن اللعان شرع لأجل الحاجة، لأن الرجل إذا اطلع على زنا زوجته فلا يمكنه الصبر ولا المخاصمة، فالشرع سامح في الحجة، وجعل كلمات اللعان حجة لإثبات الزنا على المرأة إذا ثبت أنه إنما جوز لأجل الحاجة، فهؤلاء محتاجون إلى اللعان كغيرهم، فيشرع في حقهم أيضًا كسائر الأيمان[٦].

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٣١٣/٨)، واللباب (ص: ٣٣٩) والحاوي الكبير (٢٧٢/١٥)، ونهاية المطلب (٨/١٥).

(٢) سورة النور: آية ٦.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٠٧/٨)، وبحر المذهب (٣١٢/١٠).

(٤) ينظر: الأصل (٥٨٨/٦)، وبحر المذهب (٣١٢/١٠).

(٥) ينظر: المبسوط (٤١/٧)، وبحر المذهب (٣١٢/١٠).

(٦) ينظر: مختصر المزني (٣١٣/٨)، واللباب (ص: ٣٣٩) ونهاية المطلب (٨/١٥).




❁ ودليلهم: أن اللعان شهادة هؤلاء ليسوا من أهل الشهادة(١).

وبيان أنه شهادة النص والحقيقة والحكم:

أما النص: فقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾(٢)، سماه شهادة؛ ولأنه استثنى نفس الأزواج من الشهداء، والاستثناء إنما يجوز إذا كان من جنس المستثنى عنه(٣)، فلولا أن الأزواج شهداء وإلا لما صح الاستثناء، وقوله: ﴿بِٱللَّهِ﴾(٤)، إنما قال لأن هذه شهادة أكدت باليمين.

وأما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أنه يتعين لفظ الشهادة، ويعتبر فيه العدد(٥).

وأما الحقيقة: فلأن اللعان إنما يشرع في محل الشهادة؛ لأنه شرع عقيب الدعوى، فإن الزوج إذا ادعى الزنا يطالب باللعان، والبينة تشرع عقيب الدعوى، أما اليمين فلا، لأن اليمين حجة المدعى عليه فلأن يكون حجة للمدعي فدل أنه شهادة(٦).

(١) ينظر: الأصل (٥/٤٢)، والمبسوط (٧/٤٠)، وتحفة الفقهاء (٢/٢١٩)، وبدائع الصنائع (٣/٢٤٣).
(٢) سورة النور: آية ٦.
(٣) ينظر: الأصول في النحو (١/٢٩٠)، شرح الكافية الشافية (٢/٧٠١).
(٤) سورة النور: آية ٦.
(٥) ينظر: المبسوط (٧/٣٩)، ومختصر المزني (٨/٣١٥).
(٦) ينظر: الأصل (٥/٤٢)، والمبسوط (٧/٤٠)، وتحفة الفقهاء (٢/٢١٩)، وبدائع الصنائع (٣/٢٤٣).

الجواب:

قولهم: اللعان شهادة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو يمين على ما بَيَّنَّا.

أما قوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ﴾(١)، قلنا: إنما سماه شهادة مجازًا؛ لأنه عبر بالشهادة عن اليمين، لأن الشهادة تحتمل معنى اليمين، ولهذا إذا [١٧٦/أ] قال: أشهد بالله، يكون يمينًا.

قولهم: أنه استثنى الزوج.

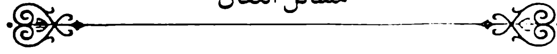
قلنا: الاستثناء وقع في أصل الحجة. قال: إن لم يكن لهم حجة من غير أنفسهم، ولهم حجة من أنفسهم، واليمين حجة كالشهادة، فيكون الاستثناء من جنس المستثنى عنه بهذا الطريق.

على أنَّا نقول: هذا استثناء منقطع هو بمعنى، ولكن إلا أنه سماه شهادة؛ لأنه ذكر مقابلتها، والشيء إذا ذكر في مقابلة الشيء جاز أن يسمى باسمه؛ كقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾(٢).

قولهم: شرع في محل الشهادة.

قلنا: لا، بل شرع في محل اليمين.

(١) سورة النور: آية ٦.
(٢) سورة الشورى: آية ٤٠.



قولهم: شرع عقيب الدعوى، واليمين لا يشرع عقيب الدعوى.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: أنه حجة المدعى عليه لا المدعي.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو حجة للمدعي، كما هو حجة للمدعى عليه[١]، والله أعلم.



|٢٢٤| مسألة:

موجب قذف الأزواج هو الحد عندنا[٢]، وعندهم اللعان[٣].

بيانه أن الرجل إذا قذف زوجته يجب عليه الحد، وإذا لاعن يتخلص من الحد، واللعان للتخلص عن الحد عندنا[٤]، وعندهم إذا قذف وجب اللعان[٥].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اللعان لا يصلح أن يكون حدًا؛ لأنه

---

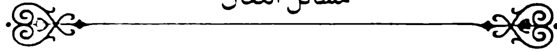
(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٤)، ونهاية المطلب (١٥/٧).

(٢) ينظر: الأم (٥/١٣٣)، ومختصر المزني (٨/٣١٢)، واللباب (ص: ٣٣٨)، والحاوي الكبير (١١/٧٩)، والمهذب (٣/٧٧).

(٣) ينظر: الأصل (٥/٤٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٢٠٢)، والمبسوط (٧/٣٩)، وتحفة الفقهاء (٢/٢١٩)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٧٩)، والمهذب (٣/٧٧)، ونهاية المطلب (١٥/٦)، وبحر المذهب (١٠/٣٠٩)، والبيان (١٠/٤٠٤).

(٥) ينظر: الأصل (٥/٤٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٢٠٢)، ومختصر القدوري (ص: ١٦٧)، والمبسوط (٧/٣٩)، وبدائع الصنائع (٣/٢٣٨).



حجة شرعية عندنا[١]، وعندهم يصلح أن يكون حدًا[٢].

❊ دليلنا: أنه قذف محصنة، فوجب أن يجب عليه الحد كما لو قذف أجنبية[٣].

وهذا لأن موجب القذف الحد بدليل النص والإجماع:

أما النص: كما بَيَّنَّا من قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾[٤].

وأما الإجماع: فقد انعقد على أنه لو قذف أجنبية يجب الحد[٥]، فكذلك إذا قذف المنكوحة؛ لأن النكاح لا تأثير له في تغيير مواجب الجنايات؛ بدليل القصاص والسرقة، إذا ثبت أن القذف موجبه الحد، غير أن الشرع بين له طريق الخلاص وهو اللعان، فإذا لاعن سقط، لأن اللعان حجة شرعية شرع بتصديق نفسه، ولهذا يجب عليه أن يقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين، فإذا أتى به سقط؛ ولهذا قال الله تعالى: ﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ﴾[٦]،

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٣١٢/٨)، واللباب (ص: ٣٣٨)، الحاوي الكبير (٧٩/١١)، المهذب (٧٧/٣)، ونهاية المطلب (٦/١٥)، وبحر المذهب (٣٠٩/١٠)، والوسيط (٨٢/٦)، والتهذيب (١٨٩/٦)، والبيان (٤٠٤/١٠).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠٢/٥)، والمبسوط (٣٩/٧)، وتحفة الفقهاء (٢١٩/٢)، وبدائع الصنائع (٢٣٨/٣).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٦/١٥)، والوسيط (٨٢/٦)، والبيان (٤٠٤/١٠).

(٤) سورة النور: آية ٤.

(٥) ينظر: مراتب الإجماع (ص: ١٣٤).

(٦) سورة النور: آية ٨.

سمى اللعان مسقطًا للحد ؛ لأن العذاب عبارة عن الحد(١)(٢) .

❦ دليلهم: أن القذف يوجب الحد ، واللعان يصلح أن يكون حدًا فيكون موجبًا أصليًا للقذف ، كالحد في حق الأجانب [١٧٦/ب](٣) .

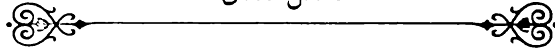
وبيان أنه يصلح أن يكون حدًا الكتاب والسنة والمعنى:

أما الكتاب: فقوله تبارك وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾(٤) ، فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾(٥) ، ينزل منزلة قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾(٦) ، وقوله تعالى: ﴿وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾(٧) بمنزلة قوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾(٨) ، ثم الحد حد ، كذلك ما يقوم مقامه .

وأما الخبر: فما روي عن النبي ﷺ ، أنه قال للمرأة التي لاعن عنها زوجها ، وأتت بالولد على الوصف المكروه: «لولا الحد الذي مضى لكان لي ولها شأن»(٩) ، سماه حدًا .

---

(١) ينظر: تفسير مقاتل بن سليمان (١٨٦/٣) ، وتفسير ابن أبي حاتم (٢٥٣٦/٨) .
(٢) ينظر: نهاية المطلب (٦/١٥) ، والوسيط (٨٢/٦) ، والبيان (٤٠٤/١٠) .
(٣) ينظر: المبسوط (٣٩/٧) ، وتحفة الفقهاء (٢١٩/٢) ، وبدائع الصنائع (٢٣٨/٣) .
(٤) سورة النور: آية ٦ .
(٥) سورة النور: آية ٨ .
(٦) سورة النور: آية ٤ .
(٧) سورة النور: آية ٦ .
(٨) سورة النور: آية ٤ .
(٩) رواه البخاري في صحيحه ، كتاب: تفسير القرآن ، بَابُ: قول الله تعالى: ﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ﴾ ، [النور: ٨] (١٠٠/٦) ، برقم: ٤٧٤٧ .



وأما المعنى: فلأن اللعان مهلك إذا كان كاذبًا، كالحد مهلك، فبالنظر إلى طرف الكذب يصلح أن يكون حدًا، فدل أن اللعان حد فيكون موجبًا للقذف(١).

الجواب:

قولهم: موجب اللعان الحد.

قلنا: مسلم، ولكن دعواهم أن اللعان يصلح حدًا ممنوع؛ والدليل على أنه لا يصلح أن يكون حدًا الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فلأن اللعان إما أن يكون شهادة أو يمينًا، وأيهما كان لا يصلح أن يكون حدًا، ولا أنه لو أكذب نفسه يجب عليه الحد، ولو كان ذلك حدًا لما وجب ثانيًا.

وأما الحقيقة: فهي أن الحد في الشرع إنما وضع لأفعال محسوسة، أما القول فلا؛ ولأن الحد للزجر والردع، والزجر إنما يحصل بالفعل، أما بالقول فلا، ولو [قد](٢) حصوله فإنما يكون في حق الخواص، أما في حق العوام فلا بحال ما، فدل أن اللعان لا يصلح [لا](٣).

أما قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾(٤)، قلنا: قوله تعالى: ﴿وَلَمْ

---

(١) ينظر: المبسوط (٣٩/٧)، وتحفة الفقهاء (٢١٩/٢)، وبدائع الصنائع (٢٣٨/٣).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة: «قد»، كما هو مثبت في المتن؛ لكن فيما يبدو أنها من سهو الناسخ نسي حرفها الأخير، وقصد بها: «قُدِّر»، والله أعلم.

(٣) كذلك في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة: «لا»، كما هو مثبت في المتن؛ لكن فيما يبدو أنها من سهو الناسخ، أخطأ في كتابتها، وربما يكون «ذلك»، والله أعلم.

(٤) سورة النور: آية ٦.

يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾(1)؛ يعني لم يكن لهم حجة من غيرهم(2)، لكن لهم حجة من أنفسهم، هذا منزل منزلة قوله تعالى في حق الأجنبيات: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾(3)، ثم ذلك لا يكون شهادة لذلك، وهذا هو الجواب عن قولهم: بأن قول الله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾(4)، نازل منزلة قوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾(5)، فإنا لا نُسلِّم، بل نازل منزلة قوله تعالى ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾(6)، أما الخبر فلم يثبت(7).

وأما قولهم: باعتبار طرف الكذب يصلح أن يكون حدًا.

قلنا: ما من خبر في الدنيا إلا وأن يكون [١٧٧/أ] محتملًا للكذب، فلا يكون حدًا كذا اللعان، والله أعلم.



|٢٢٥| مسألة:

حرمة اللعان مؤبدة عندنا، حتى لو أكذب نفسه لا يجوز له التزوج بها ثانيًا(8)، خلافًا لهم(9).

---

(١) سورة النور: آية ٦.
(٢) ينظر: تفسير حدائق الروح والريحان (١٩/٢٢٥).
(٣) سورة النور: آية ٤.
(٤) سورة النور: آية ٦.
(٥) سورة النور: آية ٤.
(٦) سورة النور: آية ٤.
(٧) والصحيح أن الخبر قد ثبت في صحيح البخاري وقد سبق تخريجه في (ص: ٣٢٧).
(٨) ينظر: مختصر المزني (٨/٣١٦)، واللباب (ص: ٣٣٨)، والحاوي الكبير (١١/٥٤)، ونهاية المطلب (١٥/٦٠)، وبحر المذهب (١٠/٣٥١).
(٩) وخالف ذلك من الحنفية أبو يوسف وزفر؛ فإنهم يرون أن حرمة اللعان على التأبيد،=




ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اللعان مؤثر في استدعاء الحرمة والفرقة عندنا[١]، وعندهم لا تأثير له فيهما[٢].

❊ دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»[٣] ولم يرد به الاجتماع بالبدن[٤].

لأنهما قد يجتمعان بدنًا، لكن أراد به الاجتماع نكاحًا، وهذا نص في محل التزام، ومن حيث المعنى نقول: النكاح عقد وصلة ولذة ومعيشة، وباللعان قد اتفق بينهما حالة لا يتفقان ولا يجتمعان على النكاح؛ لأن الزوج إذا لاعن فقد فضحها فيما بين نساء عشيرتها وبلدها، حيث لاعن عنها على ملأ من الناس، فهذا يؤدي إلى الحقد والبغض، وكذلك المرأة فضحته على رءوس الأشهاد، فيؤدي إلى إذهاب حرمته حيث كذبته، فيؤدي ذلك إلى الحقد والبغض، فما دام هذا الحقد باقيًا لا يتصور الإئتلاف بينهما، فيكون اللعان مؤثرًا في الفرقة من هذا الوجه، ومؤثرًا في إثبات الحرمة على التأبيد من هذا الوجه[٥].

= كالشافعية. ينظر: المبسوط (٤٣/٧)، وتحفة الفقهاء (٢٢٢/٢)، وبدائع الصنائع (٢٤٤/٣).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧٦/١١)، وبحر المذهب (٣٥١/١٠).

(٢) ينظر: المبسوط (٤٣/٧)، وتحفة الفقهاء (٢٢٢/٢)، وبدائع الصنائع (٢٤٤/٣).

(٣) رواه البيهقي في سننه الصغرى، كتاب: الإيلاء، باب: اللعان، (٦٧٢/٧)، برقم: ١٥٣٥٤، بلفظ: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا»، والدار قطني في سننه، كتاب النكاح، باب: المهر، (٤١٦/٤)، برقم: ٣٧٠٦، وقال البيهقي: حديث صحيح، وقال الألباني: رجاله ثقات، لكنه منقطع، فإن إبراهيم وهو ابن يزيد النخعي لم يدرك عمر رضى الله عنه. ينظر: إرواء الغليل (١٨٨/٧)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦٧٢/٧).

(٤) ينظر: بحر المذهب (٣٥١/١٠)، والبيان (٤٧١/١٠).

(٥) ينظر: المراجع السابقة.

❁ودليلهم: أن الحرمة حرمة اللعان، واللعان قد ارتفع حسًا وحكمًا[١].

بيان أنه ارتفع حسًا وحكمًا، أما الحس: فلأنه كلام متى وجد تلاشى، وأما بيان ارتفاعه حكمًا: أنه إذا أكذب نفسه يعود الحد ويلتحق به النسب، ولولا أنه ارتفع حكمًا، وإلا لما عاد الحد، ولما التحق به النسب، وإذا ارتفع من كل وجه ارتفعت الحرمة، فيجوز له التزوج.

وهذا؛ لأنه ليس في اللعان معنى يوجب الفرقة، إلا أن الشرع حرم الاجتماع بين المتلاعنين، قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»[٢]، فإذا حرم الاجتماع فاتت الوصلة، وإذا فاتت الوصلة بقيت المرأة مظلومة بظلم التعليق، لا أيّمًا، ولا ذات بعل، فالقاضي ينوب عن الزوج في التفريق بالطلاق، كما قلنا في المجبوب والعنين[٣].

[...][٤]: قولهم: بأن اللعان قد ارتفع حسًا وحكما.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل بقي؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون يمينًا أو شهادة، وأيهما كان لا يتصور ارتفاعه بعد الثبوت، واتصال القضاء به يعم [١٧٧/ب] الملاعنين إذا أكذب نفسه، فإنه تعامل معه مما في زعمه، لا باعتبار أنه ارتفع كالشهود إذا رجعوا، تعامل معهم بما في زعمهم، لا باعتبار أن الشهادة ارتفعت، وهذا هو الجواب عن

---

(١) ينظر: المبسوط (٤٣/٧)، وبدائع الصنائع (٢٤٤/٣).
(٢) سبق تخريجه في (ص: ٣٣٠)
(٣) ينظر: المراجع السابقة.
(٤) في هذا الموضع في المخطوط يبدو أن الناسخ أسقط سهوا كلمة «الجواب»؛ لأن الكلام الذي أورده المؤلف بعده في سياق جوابه على المخالف، والله أعلم.




قولهم: يعود الحد ويلتحق به النسب، فإنَّا نقول: إنما كان كذلك معاملة فاعله بما في زعمه.

قولهم: ليس في اللعان معنى يستدعي للفرقة.

قلنا: لا نُسَلِّم بل فيه معنى على ما بَيَّنَّا.

قولهم: أنها بقيت مظلومة بظلم التعليق.

قلنا: لو كان الأمر على ما ذكرتم لوجب إذا رضيت المقام يجب الملاعن يترك، كامرأة المجبوب والعنين، ومع ذلك لا يترك، فدل أن هذا مما لا يستقيم، والله أعلم.



|٢٢٦| مَسْأَلَة:

الْمُغلَّب في حد القذف حق الآدمي عندنا[١]، وعندهم حق الله تعالى[٢].

وفائدة الخلاف حد القذف يجري فيه الإرث ويسقط بالعفو عندنا[٣]، خلافًا لهم[٤].

---

(١) ينظر: الأم (٧/٥٩)، والحاوي الكبير (١١/٩)، والمهذب (٣/٣٤٩)، ونهاية المطلب (١٧/٢١٤)، وبحر المذهب (١٠/٣١١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢١٠)، والنتف (٢/٦٤٠)، والمبسوط (٩/١٠٩)، وتحفة الفقهاء (٣/١٤٦)، وبدائع الصنائع (٧/٥٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٩)، المهذب (٣/٣٤٩)، نهاية المطلب (١٧/٢١٤)، بحر المذهب (١٠/٣١١) البيان (١٠/٤٠٧).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢١٠)، والمبسوط (٩/١٠٩)، وتحفة الفقهاء (٣/١٤٦)، وبدائع الصنائع (٧/٥٦).




[ومدار المسألة:][1] أنه حد فيه وجب بالجناية على نفس الآدمي، فيكون المغلب فيه حق الآدمي كالقصاص، وهذا لأن المغلب في النفس حق الآدمي، فأوجب بالجناية على النفس يكون المغلب فيه حق الآدمي[2].

وبيان أن القذف جناية عن النفس، وهو أنه بالقذف ألحق العار والشنار[3] به، وأسقط حرمته وأراق ماء وجهه، وذهب جاهه وحشمته فيما بين الناس.

وهذه الأشياء جناية على نفسه؛ لأن الإنسان يعيش ويتقوى بجاهه، كما يعيش بماله، ثم ما وجب بالجناية على ماله ونفسه حقه، كذلك ما وجب بالجناية على جاهه؛ ولأن القذف فلا يخلو إما أن كان جناية على النفس أو على العرض، إن كان على النفس فهي حقه، وإن كان على العرض فهو حقه؛ لأن العرض عبارة عن حل القدح والمدح، والنفس عبارة عن محل الجرح والضرب، ولأن العرض عبارة عن النفس على ما ورد في الخبر: أن أهل الجنة لا يبولون ولا يتغوطون وإنما هو رشح يترشح من أعراضهم[4]، يعني

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط كتب «ومدار المسألة»، كما هي مثبتة في المتن، وفيما يبدو لي أنها من سهو الناسخ؛ وبالتحقق من الكلام الذي بعده وبالنظر إلى المسائل التي قبلها يتبين أنها لفظة: «ودليلنا»، والله أعلم.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٠)، والبيان (١٠/٤٠٧).

(٣) الشنار: الأمر المشهور بالقبح والشنعة. ينظر: تهذيب اللغة (١١/٢٣٣)، وتاج العروس (١٢/٢٤٥).

(٤) لم أجد هذا الحديث بهذا اللفظ ولكن المؤلف أورده في معناه والحديث حديث أبي هريرة ﷺ، أن رسول الله ﷺ، قال: «أول زمرة تدخل الجنة على صورة القمر ليلة البدر، والذين على إثرهم كأشد كوكب إضاءة، قلوبهم على قلب رجل واحد، لا اختلاف بينهم ولا تباغض، لكل امرئ منهم زوجتان، كل واحدة منهما يرى مخ ساقها من وراء لحمها من=




من نفوسهم، وكذلك حديث [ابن][(١)] ضمضم[(٢)] وشعر حسان:

[فإن عرضي بعرض محمد وقا][(٣)]

فدل أنه كيف ما كان العرض فهو حقه، فالجناية عليه جناية على حقه، فالواجب بمقابلته وجب أن حقًا له، فدل أن المغلب حق الآدمي بأربعة أحكام:

أحدها: توقف استيفائه على مطالبة الآدمي.

= الحسن، يسبحون الله بكرة وعشيا، لا يسقمون، ولا يمتخطون، ولا يبصقون، آنيتهم الذهب والفضة، وأمشاطهم الذهب، ووقود مجامرهم الألوة ـ قال أبو اليمان: يعني العود ـ، ورشحهم المسك». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: بدء الخلق، باب: ما جاء في صفة الجنة وأنها مخلوقة، (١١٨/٤)، برقم: ٣٢٤٦، ومسلم في صحيحه، كتاب: الجنة وصفة نعيمها وأهلها، باب: أول زمرة تدخل الجنة على صورة القمر ليلة البدر وصفاتهم وأزواجهم، (٢١٧٩/٤)، برقم: ٢٨٣٤.

(١) في هذا الموضع في المخطوط وردت «ابن» كما هي مثبتة في المتن، والصحيح أنها «أبي»؛ لحديث قتادة، قال: «أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضيغم أو ضمضم ـ شك ابن عبيد ـ، وسيأتي تخريجة في الحاشية التي بعدها.

(٢) عن قتادة، قال: «أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضيغم أو ضمضم ـ شك ابن عبيد ـ، كان إذا أصبح قال: اللهم إني قد تصدقت بعرضي على عبادك» رواه أبو داود في سننه، كتاب: الأدب، باب: ما جاء في الرجل يحل الرجل قد اغتابه، (٢٧٢/٤)، برقم: ٤٨٨٦، قال أبو داود: رواه هاشمُ بنُ القاسم، قال: عن محمَّد بن عبد الله العَمِّي، عن ثابت، قال: حدَّثنا أنسٌ عن النبيِّ ـ ﷺ (٢)، بمعناه. وقال حديث صحيح، وقال الألباني: حديث ضعيف، ينظر: ضعيف الجامع الصغير وزيادته (ص: ٣٢٢).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط ورد «فإن عرضي بعرض محمد وقا»، كما هي مثبتة في المتن، وبالرجوع إلى كتب الأدب والشعر تبين أن الصحيح «لعرض محمد منكم وقاء» والذي ذكره هذا عجز بيت وصدره «فإن أبي ووالده وعرضي» ينظر: أدب الكاتب (ص: ٣٢)، والعقد الفريد (١٤٦/٦).




وثانيها: عدم سقوطه بتقادم العهد،

وثالثها: أنه لا يسقط بالرجوع [١٧٨/أ] بعد الاعتراف.

ورابعها: قالوا: المستأمن لو قذف مسلمًا يحد.

وحكم خامس معتمد: لو قذف أم جماعة بعد موتها تثبت لهم المطالبة، فلولا أن الحق في حد قذفها لها، وأنه انتقل منها إليهم، وإلا لما ثبتت المطالبة لهم باستيفائه؛ لأن المنتدب لاستيفاء حقوق الله تعالى الإمام[1].

❁ ودليلهم: أنه حد من الحدود، فوجب أن يكون حقًا لله تعالى كسائر الحدود، وهذا لأن المغلب فيه حق الله تعالى[2].

بدليل النظر إلى نفس الحق، وإلى نفس الواجب:

أما نفس الحق: فإنه القذف، والقذف جناية على حق الله تعالى؛ لأنه نسبه إلى الزنا، والزنا جناية على حق الله تعالى، فالنسبة إليه أنها جناية على حق الله تعالى، ولأن القذف حرام، والحرمات كلها حق الله تعالى، لا للآدمي.

وأما النظر إلى الواجب: فهو الحد، والحد عقوبة شرعت للزجر، والزواجر حقوق الله تعالى؛ لأنها شرعت صونًا لحدود الدين، والدين حق الله تعالى، فما شرع صونًا له أيضًا حق الله تعالى، وخرج على هذا القصاص، فإنه ما شرع للزجر، وإنما شرع للجبر؛ لأن الفائت الحياة وفي القصاص جبر الحياة.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٠)، والبيان (١٠/٤٠٧).

(٢) المبسوط (٩/١٠٩)، بدائع الصنائع (٧/٥٦).

ولهم أحكام أيضًا تدل على أنه حق الله تعالى ؛ أولها: أنه ينتصف بالرق والحرية ، ولا يدخل النقصان في حقوق الآدميين ، إنما حق الله تعالى ينتقص بالرق ، وللرق أثر فيه ؛ لأن الجناية على حق الله تعالى بارتكاب المحظور ، والحظر به بالخطاب ، وللرق تأثير في الخطاب ؛ لأنه يخاطب من حيث كونه آدميًا ، لا من حيث كونه مالًا .

فهو مال من وجه آدمي من وجه ، فكان مخاطبًا من وجه دون وجه ، فلم يتكامل الجناية ، الثاني: أن استيفاءه إلى الإمام دون المقذوف ، الثالث: أنه لو قال: اقذفني ، فقذفه ، يحد ولو كان حقه يسقط بإذنه ، الرابع: أن قذف المرتد حرام ، وإن سقطت حرمته ، وأما توقفه على مطالبة الآدمي لا يدل على أنه حقه ؛ بدليل القطع في السرقة[1] .

الجواب:

قولهم: بأنه حد من الحدود.

قلنا: لم قلتم [...][2] ؟!

وقولهم: لأنه وجب بالنسبة إلى الزنا ، والزنا حرام ، وجناية على حق الله تعالى.

قلنا: لا ينظر إلى هذا ، وإنما ينظر إلى محل الجناية ، ومحل الجناية

(١) المبسوط (١٠٩/٩) ، بدائع الصنائع (٥٦/٧).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط يوحي للقارئ أن للكلام لابد له من تكملة ؛ لكن ليس فيه إشارة لطمس أومحو أو غيره ، وبالرجوع إلى كتب الأئمة ، لم أجد فيها ما يفيد ويشير إلى هذا السقط ، والله أعلم.

حق الآدمي على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الواجب حد شرع للزجر.

قلنا: لا يجوز أن يكون الزاجر حق الآدمي؛ بدليل الحقيقة والحكم، أما الحقيقة: فلأن الزواجر شرعت لصون الحق، وحق الآدمي معصوم كحق الله تعالى [١٧٨/ب]، فيحتاج إلى الزاجر كحق الله تعالى، وأما الحكم: القصاص.

قولهم: أن القصاص شرع للجبر محال؛ لأنه إتلاف[١]، والله أعلم.



|٢٢٧| مسألة:

الأمة تصير فراشًا بمجرد اعتراف السيد بالوطء حتى يثبت النسب عندنا به[٢]، وعندهم لا يثبت بمجرد الاعتراف بالوطء، بل لا بد من الدعوة حتى يثبت النسب، وإلا فلا[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن وطء الأمة يكون سببًا للولد[٤]، وعندهم لا يكون سببًا له[٥].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١١).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥٣)، والمهذب (٣/٨٦)، وبحر المذهب (١١/٢٤٦)، والوسيط (٦/١٧٣)، والتهذيب (٦/٢٣٠)، والبيان (١٠/٤٤١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣١٥)، والمبسوط (١٧/١٠٠)، وبدائع الصنائع (٤/١٣١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥٤)، والتهذيب (٦/٢٣٠)، والبيان (١٠/٤٤١).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣١٥)، والمبسوط (١٧/١٠٠)، وبدائع الصنائع (٤/١٣١).




❊ دليلنا: أنه باشر سبب الولد، فوجب أن يلزمه الولد، كالوطء في المنكوحة[1].

بيان ذلك أن الوطء سبب للولد، بدليل المعقول والمشروع:

أما المعقول: فهو أن الولد إنما يتخلق من الماءين، وسبب الماء هو الوطء، فيكون الوطء سببًا للولد من هذا الوجه، يدل عليه وهو أن الإنسان يطلب الولد بوطء الأمة كما يطلبه بوطء المرأة، ثم وطء الزوجة سبب، كذا ها هنا.

وأما المشروع: هو أن الله تعالى خلق النساء محل للحرث[2] على ما قال الله تعالى: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾[3]، والحرث هو الولد[4]، والأمة والحرة يستويان في محل الحرث، ولا وصول إلى الحرث إلا بالوطء، فدل أن الوطء شرع للولد؛ ولهذا المعنى يختص بمحل الحرث، ولولا أنه شرع للولد وإلا لما اختص به، وإذا ثبت أن الوطء سبب للولد صح قولنا أنه باشر سبب الولد فيلزمه الولد[5].

❖ ودليلهم: قالوا: الوطء معنى يحتمل طلب الولد وغيره، فلا يثبت به النسب كالشري[6].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥٥)، والبيان (١٠/٤٤٢).

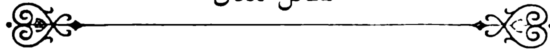
(٢) الحرث: حرثُ الزرع، والمرأة حرثُ الزوج؛ لأنها مزرعُ ولده. ينظر: مجمل اللغة (ص: ٢٣٠)، ومقاييس اللغة (٢/٤٩).

(٣) سورة البقرة: آية ٢٢٣.

(٤) ينظر: معاني القرآن وإعرابه (١/٢٩٨)، والتفسير البسيط (٤/١٨٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥٥)، والبيان (١٠/٤٤٢).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣١٥)، والمبسوط (١٧/١٠٠)، وبدائع الصنائع (٤/١٣١).



وهذا لأن السبب إنما يفيد الحكم إذا تجرد عن المعارض، وها هنا وجد المعارض، وهو الاحتمال، والدليل على وجود الاحتمال الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن الكلام إنما وقع في وطء الأمة، ووطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة، لا طلب الولد شرعًا ومعقولًا.

أما المعقول: فلأن الإنسان مجبول على شفقة المال، وشفقته على المال تمنعه عن القصد إلى طلب الولد؛ لأن بالولد تطلب المالية.

وأما الشرع: فلأن الشرع جوز العزل[1] من دون رضا الأمة[2]، ولو كان الوطء مشروعًا لطلب الولد وجب أن لا يجوز بدون رضاها كالحرة؛ ولأنه لو كان لطلب الولد وجب أن يتعدى إلى سببه وهو الشري، حتى أن بمجرد الشري يثبت النسب كالنكاح، فلما لم يتعد دل أنه ليس سبب فصح أنه محتمل، فلا يصلح سببًا[3].

الجواب:

قولهم: الوطء معنى محتمل.

---

(١) العزل: صرف الماء عن المرأة حَذَراً عن الحَمل، وهو أن يُجامع فإذا جاء وقتُ الإنزال نزع فأنزل خارج الفرج، وقال فيه النبي ـ ﷺ ـ: «تلك الموؤودة الصغرى». ينظر: معجم لغة الفقهاء (ص: ٣١١)، التعريفات الفقهية (ص: ١٤٦).

(٢) لحديث أبي سعيد الخدري قال: أتى رجل رسول الله ﷺ فقال: يا رسول إن لي جارية وأنا أشتهي ما يشتهي الرجال، وأنا أعزل عنها أكره أن تحمل، وإن اليهود تزعم أن العزل هي الموؤودة الصغرى فقال رسول الله ﷺ: «كذبت يهود كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه لم نستطيع أن نصرفه».

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٥/٨)، والمبسوط (١٠٠/١٧)، وبدائع الصنائع (١٣١/٤).

قلنا: أولًا: هذا لا يستقيم؛ لأنه إذا اعترف بالوطء والإنزال لا يبقى للاحتمال مجال، ثم نقول: مسلم وجود الاحتمال، لكن السبب يثبت مع الاحتمال؛ لأنه بني على الاحتياط، ولهذا قلنا: يثبت بالنكاح [١٧٩/أ] مع الإمكان[١]، وعندكم بدون الإمكان[٢].

والدليل على أنه بني على الاحتياط أن في إثبات النسب إبقاء للولد، فدل أنه ينبني على الاحتياط، والاحتمال كافٍ لهذا المعنى، وأما الشري قلنا: الشري في الأصل ما شرع لطلب الولد، وإنما شرع للاسترباح بخلاف الوطء، والثاني: أن الشري دون الاعتراف بالوطء لا يكون مشروعًا لطلب الولد، أما إذا اتصل به الاعتراف صار مشروعًا كذلك[٣]، والله أعلم.



|٢٢٨| مسألة:

إمكان الوطء شرط لثبوت النسب عندنا[٤]، وعندهم ليس بشرط[٥].

وصورة المسألة معروفة، وهي تزويج المشرقي بالمغربية[٦].

❊ **دليلنا:** أنه ليس بولده قطعًا، فلا يثبت النسب منه كامرأة الصبي إذا أتت بولد[٧].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥٣)، والبيان (١٠/٤٤١).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣١٥)، والمبسوط (١٧/١٠٠).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥٧).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٠٥)، ونهاية المطلب (١٥/١٦).
(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣١٥)، والمبسوط (١٧/١٥٦)، وبدائع الصنائع (٢/٣٣٢).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٣٣٢)، والحاوي الكبير (٧/١٠٤).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٠٥).

وبيان أنه ليس منه قطعًا أن المسألة مصورة في المشرقي إذا تزوج بمغربية، وطلقها في الحال عقيب العقد، وأتت بولد لستة أشهر، يعلم قطعًا أنه ليس من المشرقي، وهذا الفقه، وهو أن الأصل في الولد هو الماء؛ لأنه خلق منه، على ما قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا﴾[1]، ولهذا المعنى أهلية الماء معتبرة، وإنما يعتبر الماء؛ لأنَّا لو لم نعتبر الماء يؤدي إلى تعطيل النسب، لأن بعض الناس ليس بأولى من البعض، فإذا ثبت بأن المعتبر هو الماء، فالماء معدوم قطعًا، فلا يثبت النسب كامرأة الصبي سواء[2].

❁ ودليلهم: أن الأصل في الولد والنسب إنما هو الماء[3].

لأنه خلق من الماء، ثم إن الماء أمر في الباطن، وكذا سبب الماء وهو الوطء أمر باطن أيضًا؛ لأنه يخفى على الناس، فلا يمكن تعليق النسب به، لأن مبنى النسب على الاشتهار، فلا بد من سبب ظاهر، وذلك هو النكاح لأنه يوجد على الاشتهار، حتى يكون الحكم ملائمًا للنسب، فعلقناه بالنكاح لهذا المعنى.

وإذا علقناه بالنكاح وقع الإعراض عن الماء؛ لأن الأصل أن الظاهر إذا أقيم مقام الخفي يعرض عن الخفي، كالسفر مع المشقة[4]، وخرج على هذا امرأة الصبي إذا أتت بولد لا يثبت النسب، فإنَّا نقول: لا ماء باعتبار أن

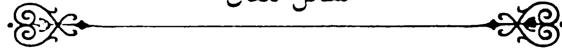
---

(١) سورة الفرقان: آية ٥٤.

(٢) ينظر: المرجع السابق.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٥/٨)، والمبسوط (١٥٦/١٧)، وبدائع الصنائع (٣٣٢/٢).

(٤) ينظر: حاشية العطار (٣١٩/٢)، والمهذب في علم أصول الفقه المقارن (٢١٢٢/٥).



الإمكان شرط لكن؛ لأن الصبي ليس بأهل لثبوت النسب منه[1].

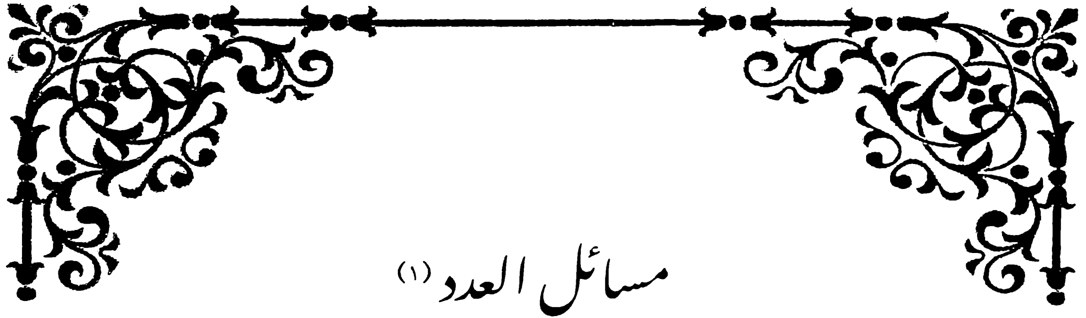
الجواب:

قولهم: الأصل هو الماء، غير أنه أمر باطن، وكذا الوطء فيعرض عنه.

قلنا: بلى، يعرض عنه، لكن إنما يعرض باعتبار الضرورة، فيعرض بقدر الحاجة، والحاجة إلى الإعراض عن نفس الماء [١٧٩/ب] أما لا حاجة إلى الإعراض عن الإمكان، فوجب أن يعتبر إمكان الوطء وإمكان الماء؛ للفقه الذي بَيَّنَّا من أن الأصل في الولد هو الماء، فلا بد من وجود الماء تقديرًا أن يوجد حقيقة، لأن في اعتباره حقيقة مشقة، أما ليس في اعتباره تقديرًا مشقة؛ لأن في اعتبار الإمكان اعتبار الماء تقديرًا، فيصار إليه، ولم يوجد الإمكان، فلا يثبت، والله أعلم.



(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٥/٨)، والمبسوط (١٥٦/١٧)، وبدائع الصنائع (٣٣٢/٢).



مسائل العدد [1]

|٢٢٩| مسألة:

عدة الطلاق بالأقراء[2] بلا خلاف[3]، والقرء مشتمل على الطهر والحيض بلا خلاف أيضًا[4]، غير أن الخلاف في الترجيح، عندنا الترجيح الطهر على معنى أن العدة تنقضي به[5]، وعندهم للحيض حتى تنقضي العدة بالحيض[6].

وصورة المسألة: إذا طلق امرأته في حالة الطهر عندنا بقيته تحتسب من

---

(١) العدة لغة: من قولك: عددت الشيء: إذا أحصيته، فسميت العدة عدة من أنها محصاة؛ لأنها ثلاثة قروء، وثلاثة أشهر، وأربعة أشهر وعشرا. ينظر: مقاييس اللغة (٤/٢٩)، ولسان العرب (٣/٢٨١). وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: هي تربّصٌ يلزم المرأة بسبب زوال النكاح المتأكد بالدخول أو الموت، وعرفها الشافعية: اسم لمدة معينة تتربصها المرأة، تعبداً لله ﷻ، أو تفجعاً على زوج، أو تأكداً من براءة الرحم. ينظر: كنز الدقائق (ص: ٣٠٤)، والفقه المنهجي (٤/١٥٧).

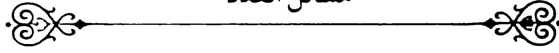
(٢) القرء: هو اسم يقع على الحيض والطهر. ينظر: حلية الفقهاء (ص: ١٨٣)،

(٣) ينظر: الأصل (٤/٣٩٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٢٣١)، والأم (٥/٢٢٤)، ومختصر المزني (٨/٣٢٢).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

(٥) ينظر: الأم (٥/٢٢٤)، ومختصر المزني (٨/٣٢٢)، والحاوي الكبير (١١/١٦٣)، والمهذب (٣/١١٩)، ونهاية المطلب (١٥/١٤٤)، والبيان (١١/١٤).

(٦) ينظر: الأصل (٤/٣٩٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٢٣١)، والمبسوط (٦/١٣)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٤٤)، وبدائع الصنائع (٣/١٩٣).



العدة، فيعتد بطهرين آخرين، وعندهم لا يحتسب، بل تعتد بثلاث حيض[1].

❊ دليلنا: أنه طلاق مباح، فوجب أن يعقبه زمان الاحتساب لطلاق الآيسة[2].

وإنما قلنا: يعقبه زمان الاحتساب بدليل الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فطلاق الآيسة والصغيرة.

وأما الحقيقة: فهي أن العدة زمان مقدر بتعجيل الشرع فيها، والأصل أن الزمان المقدر إذا تعجل الشرع فيها لا يتأخر عنه الأجزاء؛ لأنَّا لو قلنا بتأخر الأجزاء، فلا فائدة في التقدير، فلا بد وأن يعقبه الاحتساب، فيكون في التقدير فائدة.

ولأنا لو قلنا: بأنه لا يعقبه الاحتساب، يؤدي إلى الإضرار بها، وهو تطويل العدة، وهذا حرام على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ﴾[3]، وقال بعض الأصحاب: العدة عبادة، وزمان العبادة هو الطهر[4]؛ وبيان أن العدة عبادة هو أنه يحتاط في إيجابها، والعبادات يحتاط في إيجابها؛ ولأنها تجب في حالة يقطع ببراءة الرحم، فدل أنها عبادة[5].

---

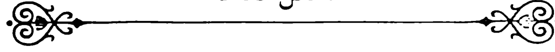
(١) ينظر: المبسوط (٦/١٣)، وبدائع الصنائع (٣/١٩٣)، والحاوي الكبير (١١/١٦٣)، والمهذب (٣/١١٩)، ونهاية المطلب (١٥/١٤٤).

(٢) ينظر: الأم (٥/٢٢٤)، ومختصر المزني (٨/٣٢٢)، والحاوي الكبير (١١/١٦٣)، والمهذب (٣/١١٩)، ونهاية المطلب (١٥/١٤٤)، والبيان (١١/١٦).

(٣) سورة الطلاق آية ٦.

(٤) ينظر: نهاية المطلب (١/٣٤٢).

(٥) ينظر: الأم (٥/٢٢٤)، ومختصر المزني (٨/٣٢٢)، والحاوي الكبير (١١/١٦٣)، والمهذب (٣/١١٩)، ونهاية المطلب (١٥/١٤٤).



﴿ ودليلهم: قالوا: الدليل على أن المغلب في القرء معنى الحيض من حيث اللغة من وجوه؛ منها: أن القرء عبارة عن الجمع[1]، يقال: ما قرأت الناقة سلًا قط؛ يعني ما أجمعت الولد في بطنها، ويقال: هجان اللون لم يقرا جنينا، معنى لم يجتمع الجنين في بطنه، وحالة الحيض حالة الجمع؛ لأن الدم إنما يجتمع حالة الحيض، ومنها: أن القرء في اللغة عبارة عن الوقت[2]، قال الشاعر[3]:

.... لـــه قـــرء كقـــرء الحـــائض[4]

والوقت يراد لغيرها، وهو [١٨٠/أ] تغيير الأحكام، وذلك في الحيض، ومن وجه آخر القرء عبارة عن التحويل والتبديل، يقال: قرأت النجوم إذا طلعت[5]، وهذا في الحيض؛ لأن المرأة في الأصل خلقت على الطهر، فتحولت إلى الحيض، فدل أن المغلب هو الحيض، ومن حيث المعنى قالوا: الحيض معنى يوجب براءة الرحم؛ لأن الحيض يدل على براءة الرحم، بدليل أن استبراء المماليك يتقدر بالحيض، وذلك مشروع لبراءة الرحم، إذن ثبت أن الحيض يدل على براءة الرحم[6].

---

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٩/٢١٠)، ولسان العرب (١/١٣١).
(٢) ينظر: المراجع السابقة.
(٣) الشاعر هو: الأعشى.
(٤) هذا عجز البيت ومطلعه «يا رب ذي ضغن على قارض... يرى له قرء كقرء الحائض» ينظر: الشعر في ضوء الشريعة الإسلامية (ص: ١٥٢).
(٥) ينظر: تهذيب اللغة (٩/٢١٠)، ولسان العرب (١/١٣١).
(٦) ينظر: المبسوط (٦/١٣)، وبدائع الصنائع (٣/١٩٤).

الجواب:

قولهم: القرء عبارة عن الجمع.

قلنا: معنى الجمع في الطهر أكثر وبه أليق؛ لأن حالة الطهر حالة الاجتماع [اللين][1]، أما حالة الحيض حالة السيلان.

قولهم: أن القرء عبارة عن التحويل.

قلنا: معنى التحويل في الطهر أكثر؛ لأن الطهر أول منتقل عنه، وآخر منتقل إليه.

قولهم: بأن الحيض معنى يدل على براءة الرحم.

قلنا: هذا بناء منكم على أن العدة شرعت لبراءة الرحم، ونحن لا نُسَلِّم ذلك، بدليل أنها تجب في حالة تقطع ببراءة الرحم، حتى إذا قال: إن وضعت ما في رحمك فأنت طالق، وجبت العدة، والفراغ حاصل[2]، والله أعلم.



|٢٣٠| مسألة:

إذا مات الصبي عن زوجته وهي حامل تعتد بأربعة أشهر وعشرًا عندنا[3]، وعندهم بوضع الحمل[4].

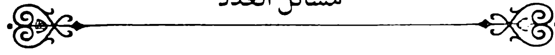
---

(١) هكذا كتبت في الأصل.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٧٠).

(٣) ينظر: الأم (٥/٢٣٥)، ومختصر المزني (٨/٣٢٣)، والحاوي الكبير (١١/١٨٩)، ونهاية المطلب (١٥/١٧٠)، وبحر المذهب (١١/٢٦٩).

(٤) وقال أبو يوسف من الحنفية عدتها أربعة أشهر وعشرا. ينظر: الأصل (٤/٤٢٢)، والمبسوط=



ومدار المسألة تحقيقًا: على أن العدة بوضع الحمل معللة ببراءة الرحم عندنا[1]، وعندهم غير معللة[2].

❊ دليلنا: ولد ليس منه، فلا تعتبر العدة بوضعه، كالحمل الحادث بعد موته، وربما نقول حمل لا يمنع النكاح، فلا تنقضي به العدة، كالحمل من الزنا[3].

وإنما قلنا: لا يمنع النكاح؛ لأن الحامل من الزنا يجوز لها أن تتزوج، فلا تنقضي به العدة[4]، وهذا الفقه وهو أن العدة بوضع الحمل إنما تكون لبراءة الرحم؛ لأن الحمل يؤدي بالشغل.

والشغل واجب الصيانة كيلا يؤدي إلى الاختلاط والاشتباه، فدل على أن السبب واجب الصيانة، فدل أن العدة بوضع الحمل لبراءة الرحم، وهذا إنما يكون في حمل كان مانعًا من النكاح، حتى إن زواله يوجب إطلاق النكاح، أما الحمل الذي لا يمنع النكاح بزواله لا يوجب إطلاق النكاح، وهذا الحمل لا يكون مانعًا من النكاح، فلا يعتبر زواله لإطلاق النكاح[5].

❊ ودليلهم: أن عدة الوفاة لم تكن لأجل براءة الرحم؛ بدليل: أنها لا

= (٥٢/٦)، وتحفة الفقهاء (٢٤٦/٢).

(١) ينظر: الأم (٢٣٥/٥)، ومختصر المزني (٣٢٣/٨)، والحاوي الكبير (١٩٠/١١)، والبيان (٤٠/١١).

(٢) ينظر: الأصل (٤٢٢/٤)، والمبسوط (٥٢/٦).

(٣) ينظر: الأم (٢٣٥/٥)، والحاوي الكبير (١٩٠/١١)، والبيان (٤٠/١١).

(٤) ينظر: الحجة (٢٦٩/٣)، الحاوي الكبير (١٩١/٩).

(٥) ينظر: الأم (٢٣٥/٥)، والحاوي الكبير (١٩٠/١١)، والبيان (٤٠/١١).

تتوقف على الدخول بل تجب قبل الدخول [١٨٠/ب] كما تجب بالدخول[١]، ولو كان لأجل البراءة وجب أن توقف على الدخول لعدة الطلاق.

ولهذا تجب على الصغيرة والآيسة كما تجب على الكبيرة والحائض، فدل أنها لا تكون لأجل البراءة، بل عدة تربص وجبت قضاء لحق الزوجية، أو وجبت تأسيًا على ما فاتها من نعمة الزوجية، فالشرع قدر هذه المدة تارة بوضع الحمل إذا كان موجودًا، وتارة بالأشهر، وها هنا الحمل موجود فيتقدر بوصفه[٢].

الجواب:

قولهم: بأن عدة الوفاة لا تكون لبراءة الرحم.

قلنا: بلى، أصل الوجوب لا يكون لبراءة الرحم، أما الانقضاء بوضع الحمل يكون لبراءة الرحم، والدليل على انقضائها بوضع الحمل لبراءة الرحم هو أن الشرع تارة قدر بوضع الحمل، وتارة بالأشهر[٣]، ولو كان محض تربص وجب أن تكون مقدرة بالأشهر في جميع الأحوال؛ لأنه أسهل، لأنه لا يختلف.

أما وضع الحمل يختلف إذا ثبت أن انقضاء العدة بوضع الحمل لأجل

---

(١) ينظر: الأصل (٤/٤٢٢)، والمبسوط (٦/٥٣).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) قال تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَـٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾ سورة الطلاق: آية ٤.




براءة الرحم، فإنما يكون إذا كان الحمل مانعًا من النكاح حتى يعتبر زواله [الإطلاق النكاح][1] وهذا ليس بمانع على ما بَيَّنَّا[2]، والله أعلم.



٢٣١ | مسألة:

المرأة إذا أقرت بانقضاء العدة، ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدًا من وقت الطلاق، أو من وقت الإقرار بانقضاء العدة، يثبت النسب عن المطلق ما لم تتزوج بزوج آخر عندنا[3]، وعندهم لا يثبت النسب أصلًا[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن هذا الإقرار جعل وجوده كالعدم، وبقيت المرأة معتدة، وصارت عدتها بوضع الحمل عندنا[5]، وعندهم بقي الإقرار صحيحًا، وخرجت المرأة عن العدة[6].

❊ دليلنا: أن سبب ثبوت النسب قد وجد، فوجب أن يثبت؛ بدليل ما إذا أتت به قبل الإقرار[7].

وبيان أن النسب قد وجد، لأن السبب توهم العلوق بهذا الولد في حال

---

(١) هكذا كتبت في الأصل.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٩٠).

(٣) ينظر: الأم (٥/٢٣٨)، ومختصر المزني (٨/٣٢٤)، والحاوي الكبير (١١/٢١٤)، وبحر المذهب (١١/٢٨٧)، البيان (١٠/٤١٨).

(٤) ينظر: الأصل (٤/٤٢٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/١٣١)، والمبسوط (٦/٥٠)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٣).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٢١٤)، والبيان (١٠/٤١٨).

(٦) ينظر: المبسوط (٦/٥٠)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٣).

(٧) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٢٤)، والحاوي الكبير (١١/٢١٤)، والبيان (١٠/٤١٨).




النكاح، وقد وجد.

وإنما قلنا: أن السب هذا؛ لأن الأصل في الولد هو الماء والوطء، غير أنه باطن، فعلقنا بما يظهر، وهو توهم العلوق بهذا الولد في حالة النكاح.

ولأن النسب يحتاط في إثباته، والاحتياط أن يكتفى في ثبوته بالتوهم على ما بَيَّنَّا، ولأن النسب حق المولود أو حق الوالد، فأبطلنا إقرارها فيما يرجع إلى النسب، وبقّينا العدة حتى يثبت النسب، وقبلنا إقرارها فيما يرجع إلى حقها [١٨١/أ] وهو حل الإزواج كما قلتم في الطلاق حالة المرض، وقع في حق الزوج لا في حقها حتى ترث[١]، كذلك ها هنا[٢].

❖ ودليلهم: أتت بولد لمدة يجوز أن يكون بوطء حادث، وإنما قلنا ذلك؛ لأنا لو قلنا: بأن النسب يثبت منه، وتبطل العدة بالأقراء، فيكون فيه إبطال إقرارها، وإبطال إقرارها تكذيب لها، وهي أمينة، وتكذيب الأمينة لا يجوز.

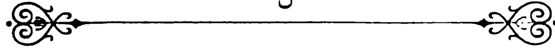
وبيان أن المرأة أمينة في الإخبار [غير ما][٣] في رحمها، وهو أن الله تعالى نهاها عن كتمان ما خلق الله تعالى في رحمها، والنهي عن الكتمان يوجب الأمر بالإخبار؛ فكأنه أوجب الإخبار عما في رحمها، فمن ضرورة وجوب الإخبار عليها أن يأمرنا بتصديقها؛ لأنه يستحيل أن يجب عليها الإخبار ولا

---

(١) ينظر:: المبسوط (٦/١٥٥).

(٢) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٢٤)، والحاوي الكبير (١١/٢١٤)، والبيان (١٠/٤١٨).

(٣) وردت في هذا الموضع في المخطوط «غير ما» كما هو مثبت في المتن؛ لكن الصحيح هو «عما». قال السرخسي: «وحجتنا في ذلك أنها أمينة في الإخبار بما في رحمها». ينظر: المبسوط (٦/٥٠).



يأمرنا بالتصديق، فدل أنها أمينة.

ولهذا نقبل قولها في الحيض والطهر، فدل أنها أمينة، فلو قلنا: بأن النسب يثبت وتبطل العدة بالأقراء، يؤدي إلى تكذيب الأمينة، وهذا لا يجوز(١).

الجواب:

قولهم: أتت بولد بمدة يتوهم العلوق به بوطء حادث.

قلنا: بلى، لكن توهم العلوق به في النكاح أيضًا يقتضي أن يثبت النسب؛ لأن الاحتياط في ثبوت النسب [...](٢).

قولهم: بأن المرأة أمينة.

قلنا: في حقها، وهو حل الإزواج؛ لأن الحل للإزواج يعول الظاهر، والظاهر أن هذا الدم دم حيض، أما لا تكون أمينة فيما يرجع إلى حق الغير، وهذا لأنها تثبت الإقرار على شيء ظاهر وهو الدم، وإذا أتت بولد تبين أنها مخطئة في الإقرار، وأن ذلك الدم ليس فيه بدم حيض، فبقيت العدة ويثبت النسب(٣)، والله أعلم.



---

(١) ينظر: المبسوط (٦/٥٠)، وبدائع الصنائع (٣/٢١٣).

(٢) في هذا الموضع في المخوط يوهم للقارئ أن فيه سقطا؛ لكن ليس في المخطوط دلالة محو أو شطب أو غيره، وبالرجوع إلى كتب الأئمة، لم أجد مايفيد أو يشير على هذا السقط، والله أعلم.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٢١٥).

|٢٣٢| مسألة:

العدتان لا تتداخلان عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الركن في العدة هو الفعل عندنا[٣]، وعندهم ترك الفعل[٤].

* دليلنا: أن العدة فعل كف يتقدر بزمان[٥]، فلا يتأدى فرضان منها بفرض واحد كالصوم[٦].

وبيان أن الركن هو فعل الكف النص والمعنى:

أما النص: قول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[٧]، وجه الدليل منه من وجهين:

أحدهما: أنه أمر بالتربص، والتربص عبارة عن فعل الكف والانتظار[٨]، فدل أن الركن هو الفعل.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٨٩/١١)، والمهذب (١٣٢/٣)، ونهاية المطلب (٢٧٠/١٥)، وبحر المذهب (٣٤٧/١١).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٧٠)، والمبسوط (٤١/٦)، وتحفة الفقهاء (٢٤٧/٢)، وبدائع الصنائع (١٩٠/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٩٠/١١)، والمهذب (١٣٢/٣)، وبحر المذهب (٣٤٧/١١).

(٤) ينظر: المبسوط (٤١/٦)، وبدائع الصنائع (١٩٠/٣).

(٥) ينظر: تهذيب اللغة (٦٩/١)، ولسان العرب (٢٨٥/٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٩٠/١١)، والمهذب (١٣٢/٣)، وبحر المذهب (٣٤٧/١١). والتهذيب (٢٦٧/٦).

(٧) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

(٨) ينظر: القاموس المحيط (ص: ٦٢٠).




والثاني: أن قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾[1]، إن كان إخبارًا من حيث اللفظ، لكنه أمر من حيث المعنى، والركن في الأوامر الإتيان بفعل المأمور به دون الترك[2].

وأما المعنى: هو أن الشرع لما أوجب الاعتداد، وهذا الاعتداد مما يجوز الأمر به والنهي عنه، والإخبار عنه [١٨١/ب] والوصف به يقال: اعتدي لا تعتدي، فهي معتدة، وتتصرف في هذا وجوه التصاريف، فدل أن الركن فيه الفعل، إذا ثبت أن الركن فيه الفعل والإتيان فلا يتعدى بفعل واحد كالصوم، حتى أن صوم يومين لا يتأدى بيوم واحد، كذلك ها هنا[3].

❁ ودليلهم: أن العدة مجرد أجل، فالمدد فيها تنقضي بمدة واحدة كسائر الآجال[4].

بيان أنها أجل النص والمعنى:

أما النص: فقول الله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾[5].

وأما المعنى: فلأن الأجل اسم لمدة ضربت لتأخير حكم انعقد سببه، ليظهر الحكم عند انقضاء المدة بالسبب السابق[6]، وهذا موجود في العدة؛

---

(١) سورة البقرة: آية ٢٢٨.

(٢) ينظر: أصول السرخسي (١/٦١)، وشرح مختصر الروضة (٢/٣٩٩).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٢٩٠)، والمهذب (٣/١٣٢)، وبحر المذهب (١١/٣٤٧). والتهذيب (٦/٢٦٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٦/٤١)، بدائع الصنائع (٣/١٩٠).

(٥) سورة البقرة: آية ٢٣٤، وسورة الطلاق: آية ٢.

(٦) ينظر: الصحاح (٤/١٦٢١)، مجمل اللغة (ص: ٨٨).

لأن الطلاق قضية حصول البينونة، فبالعدة تأخرت البينونة.

ثم الدليل على أن الركن ليس بفعل هو أن العدة لما كان اجتماع حرمات على المرأة، والحرمات ترك الأفعال، يدل عليه أن العدة لما كان اجتماع حرمات، فالحرمات جاز أن تنقضي بمدة واحدة، ولأن العدة لما كانت عبارة عن اجتماع حرمات، فالواجب عليها ترك الحرمات وإعدامها، والعدم لا تضايق فيها، فدل أنها تتداخل(1).

الجواب:

قولهم: مجرد أجل.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي حق واجب في أجل، كما قلنا في الصوم، فإنه حق واجب في أجل.

وأما قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾(2)، قلنا: معارض لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾(3)، أمر بالتربص، فدل أن الركن فعل التربص.

قولهم: بأن الركن هو الحرمة.

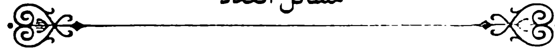
قلنا: لا نُسَلِّم، بل الركن فعل الكف على ما بَيَّنَّا؛ والدليل عليه أيضًا أن الرجل إذا طلق إحدى امرأتيه، ثم بين فإن العدة تحتسب من وقت البيان، لا من وقت الطلاق، ولو كان الركن هو الحرمة وجب أن تحتسب من وقت

---

(1) ينظر: المبسوط (٦/٤١)، بدائع الصنائع (٣/١٩٠).

(2) سورة البقرة: آية ٢٣٤، والطلاق: آية ٢.

(3) سورة البقرة: آية ٢٢٨.



الطلاق؛ لأن الحرمة تثبت في المجهول، أما الفعل في المجهول لا يصح، فدل أن الركن هو الفعل[1]، والله أعلم.



|٢٣٣| مسألة:

أم الولد إذا مات عنها سيدها وأعتقها، يجب عليها الاستبراء بحيضة واحدة عندنا[2]، وعندهم بثلاثة أقراء[3].

والمسألة تدور تحقيقًا: على أن الاستبراء إنما يجب قضاء لحق الماء عندنا[4]، وعندهم يجب لحق الفراش[5].

❊ دليلنا: أنه فراش ناقص، فلا يقضى حقه بما يقضى به حق فراش كامل؛ دليله: الأمة[6] [١٨٢/أ].

بيان أنه ناقص؛ لأن نقصان الفراش إنما يعرف بالنظر إلى نفس الفراش، وإلى حكم الفراش.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٢٩٠).

(٢) ينظر: الأم (٥/٢٣٣)، ومختصر المزني (٨/٣٣٠)، واللباب (ص: ٣٤٢)، والإقناع (ص: ١٥٥)، والحاوي الكبير (١١/٣٢٩).

(٣) ينظر: الأصل (٤/٤٣٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٢٤٢)، والمبسوط (٥/١٧٤)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٤٤)، وبدائع الصنائع (٣/١٩٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٣٢٩)، والمهذب (٣/١٣٧)، وبحر المذهب (١١/٢٩٣)، والتهذيب (٦/٢٧٦).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٤٢)، والمبسوط (٥/١٧٤)، وبدائع الصنائع (٣/١٩٣).

(٦) الأمة تستبرأ بحيضة واحدة. ينظر: الحاوي الكبير (١١/٣٢٩)، والمهذب (٣/١٣٧)، وبحر المذهب (١١/٢٩٣)، والتهذيب (٦/٢٧٦).

أما الأحكام: فإن أم الولد إذا أتت بولد ينتفي النسب بمجرد النفي، ولا حاجة إلى اللعان، ولو كان الفراش كاملًا وجب أن يحتاج إلى اللعان؛ لأن أم الولد إذا أتت بولد يحتاج في ثبوت النسب إلى الدعوة عندنا[١]، وعندكم إلى إمكان الوطء[٢]، ولو كان كاملًا وجب أن لا يحتاج.

ولأن هذا الفراش يقبل النقل حتى لو زوج أم الولد من إنسان يجوز، ولو كان كاملًا لما جاز كالمنكوحة[٣].

وأما النظر إلى السبب: فإن سببه ملك اليمين، وهو ما وضع للفراش، فإذا حصل الفراش بسبب غير موضوع له لم يستدل به على النقصان، فإذا ثبت أنه ناقص فلا يقضى حقه بما يقضى به الكامل[٤].

♦ ودليلهم: أنه تربص وجب لزوال الفراش، فوجب أن يتقيد بثلاثة أقراء كالحرة المنكوحة، وهذا لأن الفراش إذا زال يعقبه قضاء حقه بثلاثة أقراء كما قلنا في المنكوحة، وها هنا الفراش موجود، وهذا فراش محترم كامل في نفسه؛ بدليل أن أم الولد إذا أتت بولد ثبت النسب بدون الدعوة، فدل أن الفراش محترم كامل، فإذا زال يستعقب القضاء بثلاثة أقراء[٥].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٩/١١)، والمهذب (١٣٧/٣)، وبحر المذهب (٢٩٣/١١)، والتهذيب (٢٧٦/٦).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٤٢/٥)، والمبسوط (١٧٤/٥)، وبدائع الصنائع (١٩٣/٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٣٣٠/١١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٩/١١)، والمهذب (١٣٧/٣)، وبحر المذهب (٢٩٣/١١)، والتهذيب (٢٧٦/٦).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٤٢/٥)، والمبسوط (١٧٤/٥)، وبدائع الصنائع (١٩٣/٣).



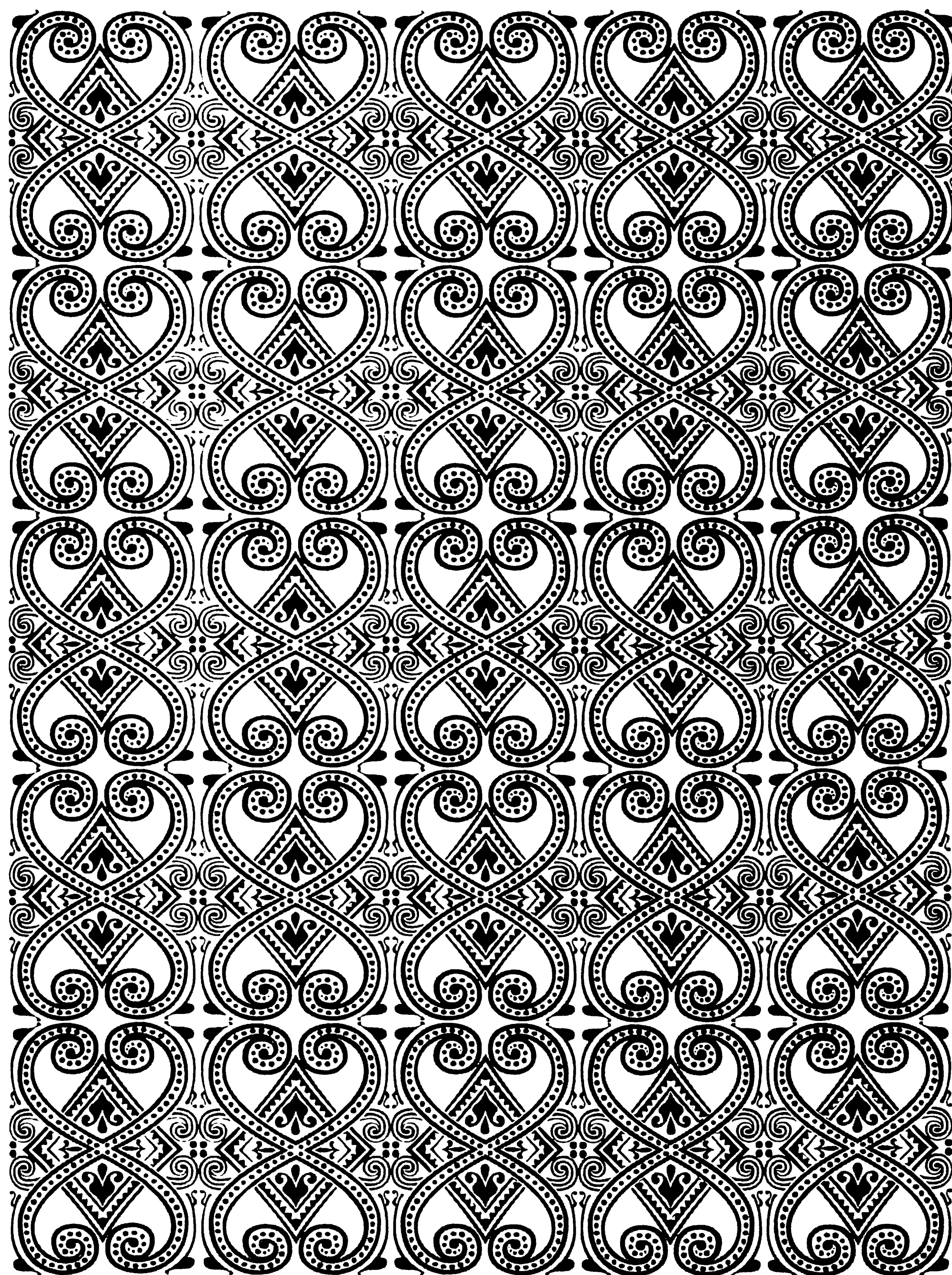

الجواب:

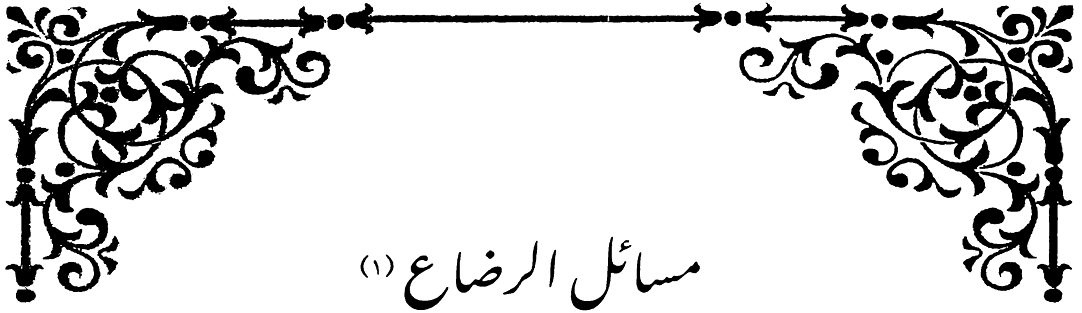
قولهم: تربص وجب لزوال الفراش.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل إنما وجب لصيانة الماء؛ لأن قضاء حق الفراش أمر لا يعقل، لأن الشيء إذا زال لا يقضى حقه، أما صيانة الماء يعقل، ثم وإن سلمنا أنه لقضاء حق الفراش، لكن هذا فراش ناقص على ما بَيَّنَّا[١]، والله أعلم.




(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٣٣٠).





مسائل الرضاع[1]

|٢٣٤| مسألة:

الرضعة والرضعتان لا توجب الحرمة عندنا مالم تبلغ خمسًا[2]، وعندهم توجبها[3].

* دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان»[4] برواية أم الفضل، وروي: «لا تحرم المصة ولا المصتان»[5] والتقدير بخمس رضعات بلغتنا من رواية عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: أنزلت في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخت منها خمس رضعات،

---

(١) الرضاع لغة: هو شرب اللبن من الضرع أو الثدي. ينظر: مقاييس اللغة (٢/٤٠٠)، ولسان العرب (٨/١٢٦). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: هو مصّ الرّضيع من ثدي الآدميّة في وقتٍ مخصوص، وعرفه الشافعية بأنه: وصول لبن آدمية مخصوصة لجوف آدمي مخصوص على وجه مخصوص. ينظر: كنز الدقائق (ص: ٢٦٧)، وتبيين الحقائق (٢/١٨١)، فتح القريب المجيب (ص: ٢٥٨)، فتح الوهاب (٢/١٣٦).

(٢) ينظر: الأم (٥/٢٨)، ومختصر المزني (٨/٣٣٢)، والحاوي الكبير (١١/٣٦١)، والمهذب (٣/١٤٢)، وبحر المذهب (١١/٣٩٨)، والبيان (١١/١٤٤).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٥٧)، والمبسوط (٥/١٣٤)، وبدائع الصنائع (٤/٧).

(٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب: في المصة والمصتين (٢/١٠٧٤)، برقم: ١٤٥١، عن أم الفضل حدثت، أن نبي الله ﷺ قال: «لا تحرم الرضعة أو الرضعتان، أو المصة أو المصتان»

(٥) ينظر: التخريج السابق.

وصار إلى خمس رضعات، فتوفي رسول الله ﷺ والأمر كذلك[(١)(٢)].

♦ ودليلهم: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[(٣)]، الله تعالى حرمها بسبب الرضاع، فقد علق الحرمة بالرضاع، وقد وجد؛ لأن الاستكثار ليس بشرط لوجود فعل الإرضاع، لأنه يحصل بمرة، فهو كفعل الإعطاء وغير ذلك من الأفعال، فإن سائر الأفعال يتم بدون العدد [١٨٢/ب] كذلك هاهنا، نقول: يحصل أو يتعلق بأصل الفعل.

ولهذا نقل عن النبي ﷺ أنه قال: «تحرم حصة من اللبن ما تحرمه الحولان الكاملان»[(٤)]، قالوا: والفقه ظاهر؛ لأن هذا فعل تعلق به حرمة مؤبدة، فوجب أن يتعلق بنفس الفعل؛ دليله: الوطء، ولا فرق بينهما؛ لأن الوطء سبب الوجود، والرضاع سبب النشوء، ثم العدد لا يعتبر في سبب الكون والوجود، كذا في النشوء[(٥)].

الجواب:

أما الآية. قلنا: هي دالة على أن الرضاع يوجب الحرمة، ولا كلام فيه،

---

(١) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب: التحريم بخمس رضعات (١٠٧٥/٢)، برقم: ١٤٥٢.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦٢/١١)، والمهذب (١٤٢/٣)، وبحر المذهب (٣٩٨/١١)، والبيان (١٤٥/١١).

(٣) سورة النساء: آية ٢٣.

(٤) لم أجد من روى هذا الحديث بهذا اللفظ، فيما اطلعت عليه ولا ما يدل عليه من المعنى، والله أعلم.

(٥) ينظر: المبسوط (١٣٤/٥)، وبدائع الصنائع (٧/٤).

إنما الكلام في أن أصل الرضاع يحرم أم قدره؟! والآية ما تعرضت لذلك، بل السنة تعرضت للمقدار ويثبت بأن الخمس محرمة، فقد اتصل بيان الكتاب ببيان السنة، ولهذا نظائر؛ منها السفر، فإن الكتاب ورد بتعليق الرخصة بالسفر(١)، وما تعرض للكثير والقليل، وإنما تعرض له السنة(٢)، وتثبت أن القدر الذي يبيح القصر وسائر الرخص من السفر كم هو، فقد اتصل بيان السنة ببيان الكتاب.

وكذلك السرقة الموجبة للقطع ما تعرضت الآية لها، وإنما علقت بأصل السرقة(٣)، ولكن السنة تعرضت للبيان(٤)؛ كذلك ها هنا، وأما الخبر: فلم يثبت، وإن ثبت فهو معارض بما رويناه.

قولهم: فعل تعلق به حرمة مؤبدة.

قلنا: يجوز أن يعتبر العدد في فعل تتعلق به الحرمة كالطلاق.

قولهم: بأن الحرمة إنما تثبت لأنه سبب النشوء والتربية.

---

(١) قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [النساء: ١٠١].

(٢) والسنة قد بينت في ذلك بأحاديث منها حديث عائشة أم المؤمنين، قالت: «فرض الله الصلاة حين فرضها، ركعتين ركعتين، في الحضر والسفر، فأقرت صلاة السفر، وزيد في صلاة الحضر» رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الصلاة، باب: كيف فرضت الصلاة في الإسراء؟، (١/٧٩)، برقم: ٣٥٠، ومسلم في صحيحه، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: صلاة المسافرين وقصرها، (١/٤٧٨)، برقم: ٦٨٥.

(٣) قال تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

(٤) والسنة قد بينت ذلك منها حديث أبي هريرة، عن النبي ﷺ، قال: «لعن الله السارق، يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده». رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: لعن السارق إذا لم يسم، (٨/١٥٩)، برقم: ٦٧٨٣.

قلنا: هذا هو الإلزام، لأن التربية لا تحصل بأصل الإرضاع، فلا بد من اعتبار العدد[1]، والله أعلم.



٢٣٥| مسألة:

الصبي إذا ارتضع من لبن الميتة، أو حلب اللبن من ثدي الميتة، وسقي الصبي لا يوجب الحرمة عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة: تحقيقًا على أن الاعتبار عندنا بحالة الانفصال[4]، وعندهم بحالة الحدوث[5].

❊ **دليلنا**: أنه لبن انفصل عن محل خالٍ عن الحرمة، فلا تثبت الحرمة، كلبن البهيمة[6].

وإنما قلنا: منفصل عن محل خالٍ عن الحرمة؛ لأنا نعني بالحرمة حرمة تناسب حرمة الرضاع، وحرمة الرضاع حرمة النكاح، فإذا كان حرمة الرضاع

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٣٦٤)، وبحر المذهب (١١/٣٩٨).

(٢) ينظر: الأم (٥/٣٣)، ومختصر المزني (٨/٣٣٣)، والحاوي الكبير (١١/٣٧٦)، والتنبية (ص: ٢٠٤)، والمهذب (٣/١٤٤)، ونهاية المطلب (١٥/٣٦١)، والوسيط (٦/١٨٠)، والبيان (١١/١٥٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٧٦)، والمبسوط (٥/١٣٩)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٣٨)، وبدائع الصنائع (٤/٨).

(٤) ينظر: الأم (٥/٣٣)، والحاوي الكبير (١١/٣٧٧)، والمهذب (٣/١٤٤)، ونهاية المطلب (١٥/٣٦١)، والوسيط (٦/١٨٠)، والبيان (١١/١٥٥).

(٥) ينظر: المبسوط (٥/١٣٩)، وبدائع الصنائع (٤/٨).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٣٧٧)، والوسيط (٦/١٨٠)، والبيان (١١/١٥٥).

حرمة النكاح؛ فنقول: كل ما هو محل النكاح يكون محلًا لحرمة النكاح، والميتة ليست محلًا للنكاح، فلا تكون محلًا لحرمة النكاح، وإذا لم تكن الميتة محلًا لحرمة النكاح فلبنها لا يوجب حرمة الرضاع؛ لأن حرمة اللبن تابع لحرمة [١٨٣/أ] الشخص، لأنه جزء منها، ولا حرمة للميتة، فلا حرمة للبنها(١).

❁ ودليلهم: أنه وصل اللبن المغذي إلى جوف الصبي في زمان الرضاع، فوجب أن تثبت الحرمة، كما لو حلت حالة الحياة، ويبقى الصبي بعد الممات(٢).

وإنما قلنا: وصل المغذي؛ لأن اللبن إنما يكون مغذيًا بالمعنى فيه، وذلك لا يختلف، بل بقي بعد الموت مغذيًا كما كان، ما هذا إلا كاللحم؛ فإنه لما خلق مغذيًا، فلا يختلف بالموت، كذلك ها هنا، ولهذا أوجب الشرع تناول الميتة عند الضرورة(٣)، فدل أنه بقي مغذيًا بعد الموت، فوجب أن يوجب الحرمة لأن اللبن إنما يكون موجبًا للحرمة؛ لأنه يوجب شبهة البعضية، وإنا نوجب شبهة البعضية بالتربية، والتربية بالتغذي، وإذا كان مغذيًا فالتغذية توجب التربية، والتربية توجب شبهة البعضية، وهذا اللبن لما كان مغذيًا يحصل هذا المعنى منه، فوجب أن يوجب الحرمة(٤).

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٧٦)، والمبسوط (٥/١٣٩)، وبدائع الصنائع (٤/٨).

(٣) قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣].

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

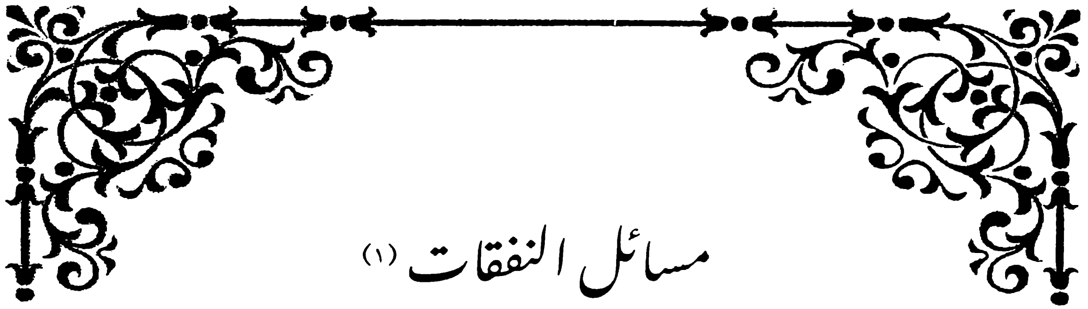
الجواب:

قولهم: وصل اللبن المغذي إلى جوفه في زمانه.

قلنا: أولا: باطل هذا بلبن البهيمة، فإنه مغذي واصل في زمانه، ومع هذا لا حرمة، وتحصل به التربية أيضًا، ثم نقول: اللبن لا توجب الحرمة لكونه مغذيًا؛ إذ لو كان لهذا لكان ينبغي أن يتعلق الحرمة بالطعام، لأنه غذيا فيما وراء الحق لئن توجب أن يوجب الحرمة، حتى أن الصبيين إذا اتفقا على أكل رغيف تثبت الحرمة بينهما، ومع ذلك لا تثبت، فدل أنه ما كان لأجل التغذي، وإنما كان لأنه فصلة انفصلت عن محل الحرمة، وهذا المحل ليس بمحل الحرمة، فاللبن المنفصل عنه لا يوجب الحرمة؛ لأنا نعني بالحرمة حرمة النكاح، ولم يوجد في المحل هذه الحرمة، فلا يتعلق بلبنه الحرمة كالبهيمة(١)، والله أعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٣٧٨).



مسائل النفقات (١)

|٢٣٦| مسألة:

المبتوتة[٢] إذا كانت [حاملا][٣] لا تستحق النفقة عندنا في العدة[٤]، وعندهم تستحقها ما دامت في العدة[٥].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النفقة في باب النكاح إنما تجب في مقابلة التمكين عندنا[٦]، وعندهم في مقابلة [المسيس][٧][٨].

---

(١) النفقة لغة: مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك يقال نفقت الدراهم والزاد تنفق نفوقا أي نفدت، وأنفق الرجل أي افتقر وذهب ماله، وأنفقت الدراهم من النفقة. ينظر: الصحاح (٤/١٥٦٠)، ومجمل اللغة (ص: ٨٧٧). وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: الإدرار على الشيء بما به بقاؤه. ينظر: تبيين الحقائق (٣/٥٠)، العناية (٤/٣٧٨).

(٢) المبتوتة: هي المطلقة الطلقة الثالثة. ينظر: بحر المذهب (١١/٢٧٠).

(٣) وردت في هذا الموضع في المخطوط لفظة «حاملا»، كما هو مثبت قي المتن، والصحيح في هذه المسألة، أن المبتوتة إذا كانت غير حامل هي التي لا تستحق النفقة؛ أما الحامل فعند الشافعية، تستحق النفقة لأجل الحمل. قال الشافعي ﷺ: «وكل مطلقة كان زوجها لا يملك رجعتها فلا نفقة لها في عدتها منه إلا أن تكون حاملا فيكون عليه نفقتها ما كانت حاملا»، وقال الماوردي: «وأما المبتوتة فلها حالتان: حامل وحائل فالحائل لا نفقة لها، والحامل لها النفقة». الأم (٥/٢٥٤)، والحاوي الكبير (١١/٣٠٨).

(٤) ينظر: الأم (٥/٢٥٤)، ومختصر المزني (٨/٣٣٩)، والإقناع (ص: ١٥٥)، والحاوي الكبير (١١/٤٦٥)، وبحر المذهب (١١/٢٧٠).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٩٢)، والمبسوط (٥/٢٠١)، وبدائع الصنائع (٤/١٦).

(٦) ينظر: ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٦٥).

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٩٢)، والمبسوط (٥/٢٠٢)، وبدائع الصنائع (٤/١٦).

(٨) وردت في هذا الموضع في المخطوط لفظة «المسيس» كما هو مثبت في المتن، لكن الصحيح=




❊ **دليلنا**: أنها أجنبية عنه، فلا تستحق النفقة؛ دليله: ما بعد انقضاء العدة[1].

وهذا لأن النفقة إنما تجب بالتمكين؛ بدليل أنها إذا نشزت لا تستحق النفقة، فدل أن النفقة في مقابلة التمكين، والتمكين فات بالطلقات الثلاث، لأن التمكين [١٨٣/ب] إنما يكون حالة النكاح، والنكاح قد زال، فإذا فات التمكين فلا تجب النفقة[2].

♦ **ودليلهم**: أن جنس النكاح قائم، فوجب النفقة كالرجعية[3].

وإنما قلنا أن جنس النكاح قائم؛ لأن السكنى واجب على الزوج، وإنما تجب لأن الحبس حقه، كما في حالة النكاح، وجب السكنى؛ لأن الحبس حقه، وإذا ثبت أن الحبس حقه، فيكون هذا حبس النكاح؛ لأن حبس النكاح حق الزوج.

أما حبس غير النكاح لا يكون حقه، فإذا ثبت أن حبس قائم وجب أن

= هو «الحبس»، ويؤيد ذلك قول الجصاص: المعنى الذي به تستحق النفقة في حال الزوجية، هو تسليم نفسها في بيت الزوج، والدليل عليه أن الناشزة لا نفقة لها، لعدم التسليم، فالتي سلمت نفسها في بيت الزوج لها النفقة لوجوده، فلما كان التسليم الذي به استحقت النفقة في حال النكاح موجودًا في حال العدة، وجب أن تستحق النفقة»، وقال الصنعاني: «أما سبب وجوب هذه النفق، فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا: سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها». ينظر: بدائع الصنائع (٤/١٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٢٩٢).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٦٥)، وبحر المذهب (١١/٢٧٠).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٩٢)، والمبسوط (٥/٢٠٢)، وبدائع الصنائع (٤/١٧).

تجب النفقة ؛ لأن النفقة إنما تجب في مقابلة الحبس ، لأن المرأة متى صارت محبوسة بحق الزوج ، فالزوج أدرّ لها رزقا من ماله كفاية لها ، وجزءًا على احتباسها ؛ لأن إيجاب الرزق للمحتبَس على [الحائض][(١)] جزاء على حبسه أصل ممهد في الشرع ، كالقضاة والمحتسبين والمفتيين ، فإنهم لما حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين أدر لهم الشرع رزقًا من مال بيت المال ، والمعقول ظاهر ؛ لأن بقاء الآدمي بالكفاية ، وذلك لا يحصل إلا بالتصرف ، وذلك إنما يكون بالخروج ، والخروج لا يتيسر لها ، فلو قلنا: لا يجب ، يؤدي ذلك إلى الهلاك ، وهذا لا يجوز[(٢)] .

الجواب:

قولهم: بأن النفقة وجبت في مقابلة الحبس وهو قائم.

قلنا: لا نُسَلِّم بأنها وجبت في مقابلة ؛ بدليل أن الحبس يوجد في مواضع ولا يوجب النفقة ، كالوطء بالشبهة وغير ذلك ، إنما يجب بالتمكين ؛ بدليل أنها إذا جلست في البيت ولم يكن الزوج فإنها لا تستحق النفقة .

وإنما قلنا: وجبت بالتمكين ؛ لأن التمكين مؤثر ، لأن التمكين فعل وجب عليها بعقد النكاح ، والنفقة مال مستحق لها بالعقد ، فيمكن أن يقال: المال المستحق لها بالعقد بالفعل الواجب عليها بالعقد ـ أما القضاة والمفتون وغيرهم ، لا يستحقون المال لأجل الحبس ، بل لأنهم يقومون بمصالح الدين ،

(١) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة «الحائض» كما هو مثبت في المتن ، لكن الصحيح هو قوله «الحابس» ، لأن السياق يدل عليه ، والله أعلم.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٢٩٢) ، والمبسوط (٥/٢٠٢) ، وبدائع الصنائع (٤/١٧).

ولله تعالى مال في بيت المال للمصالح، وأصلح المصالح الصرف إليهم، فصرف لهذا المعنى، لا لما قلتم[1]، والله أعلم.



۲۳۷| مسألة:

الزوج إذا أعسر بنفقة زوجته للقاضي أن يفرق بينهما عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

❊ دليلنا: أنه فات الإمساك بالمعروف، فوجب أن يثبت لها حق الفسخ، كما إذا عجز عن الوطء[4].

وإنما قلنا: فات الإمساك بالمعروف؛ لأن الإمساك بالمعروف إنما هو إمساكها [١٨٤/أ] مع توفر حقوق النكاح عليها، والنفقة من الحقوق الدارة عليها، فالعجز عنه يوجب فوات الإمساك بالمعروف، حتى يثبت حق الفسخ، كذلك هاهنا.

وهذا لأن الله تعالى خلق في الآدمي شهوتين: شهوة البطن، وشهوة الفرج، وطريق شهوة البطن الإنفاق، وطريق الأخرى الوطء، وأوجب على الزوج قضاء هاتين الشهوتين؛ لأنها محبوسة على حق الزوج، فإذا عجز الزوج

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٦٥/١١).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٤٥٤/١١)، ونهاية المطلب (٤٧١/١٥)، وبحر المذهب (٤٧٣/١١)، والتهذيب (٣٥٨/٦)، والبيان (٢٢٤/١١).
(٣) ينظر: الأصل (٣٣٠/١٠)، ومختصر القدوري (ص ١٧٣)، والمبسوط (١٩٠/٥).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٥٥/١١).

وجب أن يثبت حق الفسخ ، حتى تتوصل إلى قضاء هذه الشهوة من زوج آخر كالوطء ؛ وبالأولى لأن الحاجة إلى النفقة أشد ، لأن الصبر عنها أشد ، لأن الصبر عن الوطء ممكن على ما هو المعهود ، وأما من النفقة فلا يمكن ، ففوات الإمساك بالمعروف في النفقة أكثر ، فأولى بالفسخ(١) .

❦ ودليلهم : أن المال تبع في باب النكاح ، فالعجز عنه لا يوجب الفرقة كالمهر(٢) .

وبيان أن المال تبع الحقيقة والحكم :

أما الحكم : فإن النكاح ينعقد بدون تسمية المال ، فلو كان أصلًا وجب أن لا ينعقد كالبيع(٣) .

وأما الحقيقة : فهي أن المقصود من النكاح قضاء الشهوة والولد ، لا المال ، وإذا كان المقصود غير المال فلا يكون أصلًا ، فلا يوجب الفرقة .

يدل عليه أن النفقة ما وجب عوضًا عن النكاح ، حتى أن العجز عنها يوجب زوال الملك ؛ لأن العجز عن الشيء إنما يوجب زوال الملك عن الشيء إذا كان المعجوز عنه عوضًا عن ذلك الشيء ، وها هنا ليس بعوض ، فلا يوجب ، ولهذا لو عجز عن نفقة الموسرين لا يوجب الفرقة ، كذلك ها هنا(٤) .

---

(١) ينظر : الحاوي الكبير (١١/٤٥٥) .

(٢) ينظر : المبسوط (٥/١٩١) .

(٣) ينظر : الحجة (٣/٣٣٧) ، والحاوي الكبير (٩/٣٩٣) .

(٤) ينظر : المبسوط (٥/١٩١) .




الجواب:

قولهم: أن المال تبع.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل أصل؛ بدليل الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾[1]، علق الابتغاء بالمال.

وأما المعنى: فهو أن النكاح عقد إيجاب، فكل ما يدخل تحت الإيجاب يكون أصلًا في هذا العقد، والمال يدخل تحت الإيجاب، فيكون أصلًا.

ثم وإن قلنا أنه تبع، لكن هذا تبع يتعلق به الإمساك بالمعروف، فالعجز عنه يوجب فوات الإمساك بالمعروف على ما بَيَّنَّا، فصار كالوطء، لأن فعل الوطء ليس بأصل في باب النكاح؛ لأن الأصل في النكاح هو موجب النكاح، وموجب النكاح الحل أو ملك الحل، ولهذا يتصور بقاء النكاح بلا وطء، دل أنه ليس بأصل، لكن لما تعلق به الإمساك بالمعروف لا جرم فواته يوجب الفسخ، كذلك ها هنا.

قولهم: بأن النفقة ما وجبت في مقابلة ملك النكاح.

قلنا: لا نُسَلِّم، ثم وإن سلمنا، لكن تعلق بها الإمساك بالمعروف على ما بَيَّنَّا، ففواته يوجب فوات الإمساك[2]، والله أعلم [١٨٤/ب].



(١) سورة النساء: آية ٢٤.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٥٦).

٢٣٨| مسألة:

قرابة غير الوالدين والمولودين؛ كالأخوة والأعمام والعمات، لا توجب النفقة عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

* دليلنا: أن القياس يقتضي أن لا تجب النفقة لأحد على أحد[٣].

لأنه أقصى ما في الباب أنه يحتاج، وكونه محتاجًا لا تأثير له في إيجاب النفقة على الغير، بل تأثيره في إيجاب النفقة في بيت المال، أما على شخص آخر فلا؛ لأن المال حقه وملكه، فلا يتملك عليه إلا بالسبب، والسبب لا يخلو إما القرابة أو الحاجة.

بطل أن يقال: هو القرابة؛ لأن القرابة موجودة حالة الغنى ولا توجب، وبطل أن يقال: الحاجة أيضًا؛ لأن الحاجة لا تؤثر في إيجاب النفقة على الغير، وإنما تؤثر في إيجابها في بيت المال، لأنها معدة للصرف إلى مصالح المسلمين، فدل أن القرابة لا تصلح سببًا، وكذا الحاجة لا تصلح سببًا.

فإذا كان كل واحد منهما حالة الانفراد لا يصلح سببًا، فحالة الاجتماع أيضًا لا تصلح سببًا، فعلى هذا ينبغي أن لا تجب في حق الوالدين والمولودين أيضًا، إلا أنا أوجبنا في حقهما بالنص، فلا يلحق بهم غيرهم، إلا إذا كانوا في معناهم، وليس في معناهم لا حكمًا ولا حقيقة:

أما حكما: فلأن تلك القرابة توجب النفقة عند اختلاف الدين، وهذه لا

---

(١) ينظر: بحر المذهب (١١/٤٩١)، والبيان (١١/٢٤٩).
(٢) ينظر: المبسوط (٥/٢٢٣)، وتحفة الفقهاء (٢/١٦٧)، وبدائع الصنائع (٤/٣١).
(٣) ينظر: بحر المذهب (١١/٤٩٢) والبيان (١١/٢٥٠).




توجب، وكذلك تحرم وضع الزكاة، ثم وها هنا لا تحرم.

وأما حقيقة: فهي أن تلك القرابة أوجبت البعضية والجزئية، وكما يجب أن ينفق على نفسه يجب أن ينفق على بعضه، بخلاف مسألتنا، إذ لا جزئية ولا بعضية، فافترقا(١).

❖ ودليلهم: قرابة موجبة للصلة، ومحرمة للقطيعة، فوجب أن توجب النفقة، كقرابة الوالدين والمولودين(٢).

وإنما قلنا: موجبة للصلة؛ لأن هذه القرابة قرابة الرحم، والرحم يجب وصلها، وحرام قطعها بدليل الشرع والحكم؛ أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَ﴾(٣)؛ أي لا تقطعوها(٤).

وأما الحكم: فهو أن هذه القرابة توجب حرمة النكاح، وإنما تحرم لأن في النكاح قطيعة الرحم، فدل أن هذه القرابة موجبة للصلة ومحرمة للقطيعة، فوجب أن توجب النفقة؛ لأن النفقة صلة، لأن فيها إحياء لشخص، وإحياء الشخص صلة، ولأن قطيعة الرحم إنما صارت محرمة لما فيها من الإيذاء، وفي ترك الإنفاق إهلاك، وهو فوق الإيذاء، فلأن يحرم [تلك](٥) الإنفاق أولى(٦).

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط (٥/٢٢٤)، وبدائع الصنائع (٤/٣١).

(٣) سورة النساء: آية ١.

(٤) ينظر: معاني القرآن وإعرابه (٢/٦)، وتفسير ابن المنذر (٢/٥٤٨).

(٥) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة «تلك» كما هو مثبت في المعنى، لكن الصحيح هو قوله «ترك»، لأن سياق المعنى يدل عليه، والله أعلم.

(٦) ينظر: المبسوط (٥/٢٢٤)، وبدائع الصنائع (٤/٣١).

الجواب:

قولهم: قرابة موجبة للصلة.

قلنا: إي شيء عنيتم بالصلة؟! إن عنيتم بها [١٨٥/أ] الصلة بالمال، فلا نُسَلِّم؛ فإن هذه القرابة لا توجب الصلة بالمال، وإن عنيتم ترك المهاجرة والإيذاء، فهذا مسلم، وهكذا نقول نحن: هذه القرابة موجبة للصلة من هذا الوجه، أما الصلة بالمال ليست بواجبة، بل هي مندوبة.

أما الآيات[١]، وأما الأخبار[٢]؛ كلها دلت على أن الصلة واجبة، والقطيعة محرمة، وبه نقول، لكن بالطريقة الذي بَيَّنَّاه، أما حرمة النكاح، قلنا: ذاك لا يدل على وجوب النفقة؛ بدليل الرضاع، وبدليل حالة اختلاف الدين، والله أعلم.



|٢٣٩| مسألة:

نفقة الزوجات تصير دينا في ذمة الزوج بمجرد الوجوب حتى لا تسقط

---

(١) فمنها قوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ سورة النساء: جزء من آية ١. وقوله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرْحَامَكُمْ﴾ ثم قال: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ لَعَنَهُمُ ٱللَّهُ فَأَصَمَّهُمْ وَأَعْمَىٰٓ أَبْصَٰرَهُمْ﴾ [سورة محمد: ٢٢ و٢٣].

(٢) فمنها ما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قال الله جل شأنه: عن الرحم أما ترضين أن أصل من وصلك». كتاب: الأدب، باب: من وصل وصله الله، (٥/٨)، برقم: ٥٩٨٧، ومسلم في صحيحه، كتاب: البر والصلة، باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها، (١٩٨٠/٤)، برقم: ٢٥٥٤،




بتقادم العهد عندنا[١]، وعندهم لا تصير دينًا مالم يتصل به قضاء القاضي حتى تسقط بمضي الزمان[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن سبيل النفقة سبيل الإعواض عندنا[٣]، وعندهم سبيل الصلات[٤].

❊ **دليلنا**: مال وجب بعقد النكاح، فوجب أن يصير دينًا في الذمة بنفس الوجوب كالمهر، والفقه في المسألة أن نقول: أحد مالي القوامية، فوجب أن يصير دينًا في الذمة بنفس الوجوب كالمهر[٥].

وإنما قلنا: أحد مالي القوامية؛ لأن الله تعالى أثبت ولاية القوامية للزوج على المرأة، على ما قال الله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾[٦]، الله تعالى أثبت ولاية القوامية للرجال على النساء، وفضلهم عليهن بما لهم من زيادة عقل، وفضل بما أنفقوا من أموالهم، فدل أن النفقة من أحد مالي القوامية، وهذا الفقه وهو أن النكاح عقد معاوضة، فتمامه أن يكون بالركن، والركن في باب النكاح

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١/٤٦٠)، ونهاية المطلب (١٥/٥١٦)، وبحر المذهب (١١/٤٦٧)، والبيان (١١/٢٢٦).

(٢) ينظر: الأصل (١٠/٣٢٧)، ومختصر القدوري (ص: ١٧٣)، والمبسوط (٥/١٨٤)، وبدائع الصنائع (٤/٢٥).

(٣) ينظر: البيان (١١/٢٢٦).

(٤) ينظر: المبسوط (٥/١٨٤)، وبدائع الصنائع (٤/٢٦).

(٥) ينظر: البيان (١١/٢٢٦).

(٦) سورة النساء: آية ٣٤.




بدن المتناكحين على ما بَيَّنَّا[١].

إلا أن الشرع أثبت زيادة على المرأة، وهي ولاية القوامية، فأثبت للمرأة على زيادة، وهو المهر والنفقة، ومعنى ولاية القوامية: أن الشرع جعل عقد النكاح بيد الزوج، حتى لو شاء أمسكها، وإن شاء طلقها، فأوجب النفقة لها تطييبًا لقلبها، وتسوية بينهما، لا قضية المعاوضة التسوية، إذا ثبت أنها مال القوامية، فولاية القوامية قد استمرت عليها فيما مضى، فوجب أن تستمر النفقة عليه؛ لأن الأصل أن المعوض إذا سلم كشخص يستحق عليه العوض كسائر الأعواض مع المعوضات[٢].

❁ ودليلهم: نفقة واجبة، فلا يصير دينًا [١٨٥/ب] بنفس الوجوب كنفقة المحارم[٣].

وهذا لأن هذه النفقة وجبت صلة؛ لأنها لا تجب عوضًا عن شيء، لأنها صارت عوضًا عن البضع لأن للبضع عوضًا وهو المهر، فلا يجب عوض آخر في مقابلته، فدل أنها صلة.

والدليل عليه أن الإعلام ليس بشرط في باب النفقة، فلو كان عوضًا لوجب أن يعتبر؛ لأن العوض المجهول لا يجوز، ولأنه لو كان عوضًا وجب أن يجب دفعة واحدة، ولا يجب جزءًا فجزءًا، يدل أنها صلة محضة، فلا يصير دينا في الذمة، أما إذا اتصل به القضاء إنما يصير دينا لأن القضاء للإلزام، فإذا

---

(١) بينه المؤلف في مسألة: حكم استحقاق المفوضة المهر بنفس العقد.

(٢) ينظر: البيان (١١/٢٢٦).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/١٨٤)، وبدائع الصنائع (٤/٢٦).

اتصل به فقد ألحقها بسائر الديون، فيصير دينًا لهذا المعنى[١].

الجواب:

قولهم: نفقة واجبة.

قلنا: لم قلتم لا يصير دينًا؟!

أما نفقة المحارم قلنا: فرق بين هذه النفقة وبين تلك حقيقة[٢] وحكمًا:

أما الحكم: هو أن تلك النفقة لا تصير دينًا بقضاء القاضي، وهذه النفقة تصير دينًا بقضاء القاضي، ولأن تلك ما وجبت بالعقد، وهذه إنما وجبت لكفاية حاجة الوقت، فإذا مضى الزمان فقد فات الوقت ففات أيضًا كفاية حاجة الوقت، بخلاف مسألتنا؛ لأن هذه النفقة إنما وجبت عوضًا عن ولاية القوامية، وولاية القوامية قد استمرت عليها في الزمان الماضي على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن النفقة ما وجبت عوضًا عن البضع.

قلنا: بلى، لكنها وجبت عوضًا عن ولاية القوامية على ما بَيَّنَّا.

قولهم: يجب مجهولًا.

قلنا: لأنه عوض عن ولاية القوامية، وزمان ولاية القوامية بمعلوم، فجاز أن لايكون عوضه معلومًا.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) لم يذكر المؤلف الدليل في الحقيقة وبالتتبع لأدلة الشافعية لم أجد من أشار لهذا الدليل، والله أعلم.

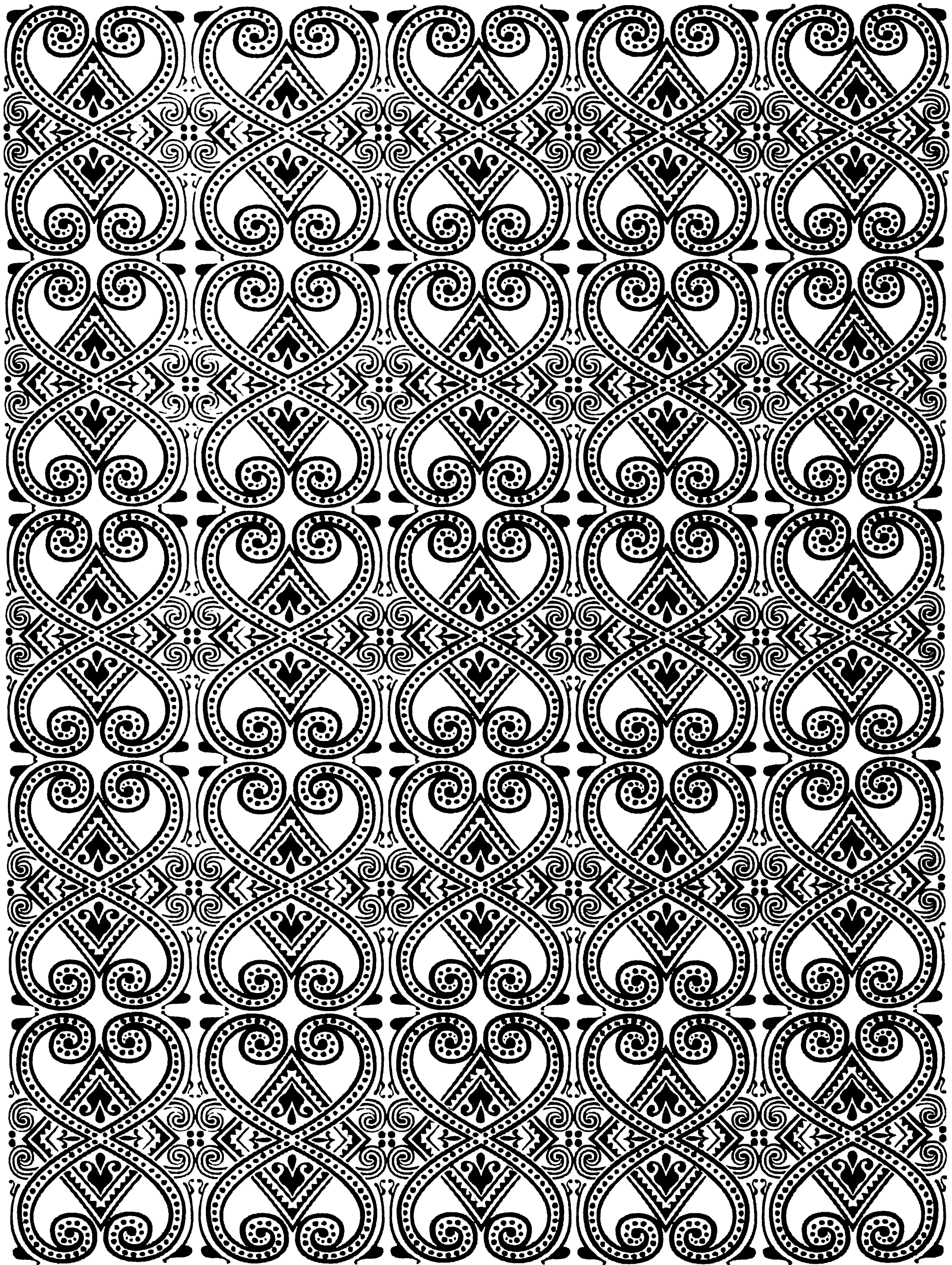


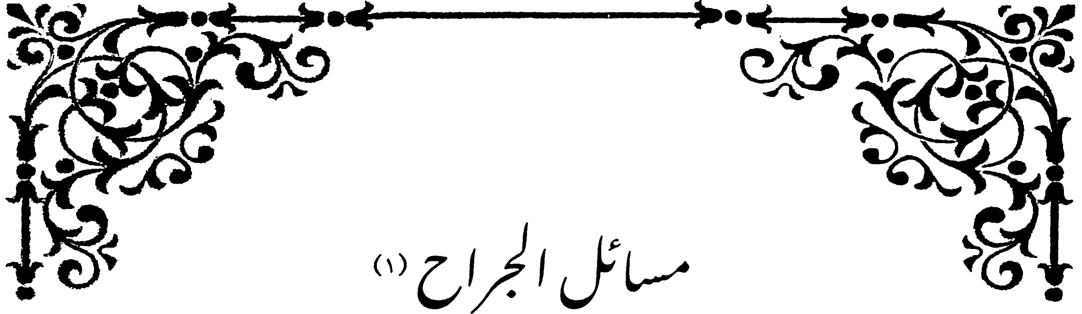

قولهم: لا يجب جملة.

قلنا: يجوز أن يكون عوضًا، ولا يجب جملة، كالأجرة عندكم[1]، فإنها لا تجب جملة، قلنا: تجب جزءًا فجزءًا، كذلك ها هنا، والله أعلم بالصواب.




(١) ينظر: المبسوط (٥١/١٠٩)، وبدائع الصنائع (٤/٢٠١).





مسائل الجراح [1]

|٢٤٠| مسألة:

المسلم لا يقتل بالذمي عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الكفر مبيح للدم عندنا[4]، وعندهم ليس بمبيح[5].

❊ دليلنا: أنه فعل تمكن فيه شبهة الإباحة، فلا ينعقد سببًا للقصاص كقتل المستأمن[6].

---

(١) الجراح لغة: جمع جرح وهو ما يكون في الطعن والضرب، وجوارح الإنسان أعضاؤه التي يكتسب بها. ينظر: المخصص (٤٨٥/١)، ومختار الصحاح (ص: ٥٦)، وفي الاصطلاح: عرفه الشافعية بأنه: زهوق للروح أو إبانة للعضو. ينظر: الغرر البهية (٢/٥)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٩٦/٤).

(٢) ينظر: الأم (٤٠/٦)، والحاوي الكبير (١١/١٢)، والتنبية (ص: ٢١٣)، ونهاية المطلب (١٣/١٦)، وبحر المذهب (١٠/١٢).

(٣) ينظر: الأصل (٥٧٤/٦)، والسير الصغير (ص: ١٨٠)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٥٠/٥)، ومختصر القدوري (ص: ١٨٤)، والمبسوط (١٣١/٢٦)، وتحفة الفقهاء (١٠١/٣)، وبدائع الصنائع (٢٣٧/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٢)، وبحر المذهب (١١/١٢)، والتهذيب (٥/٧)، والبيان (٣٠٦/١١).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٥١/٥)، والمبسوط (١٣٢/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٣٧/٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٢)، وبحر المذهب (١١/١٢)، والبيان (٣٠٦/١١).

بيان أنه تمكن فيه شبهة الإباحة: الكفر مبيح للدم بدليل الكتاب والسنة والحكم والحقيقة:

أما الكتاب: فقول الله تبارك وتعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ [١٨٦/أ] لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾(١)، أمر بالقتل لنفي الكفر، وكذلك قوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾(٢)؛ أي: لشركهم(٣)، فيصير موضع الاشتقاق علة.

وأما الخبر: فقول النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»(٤) الخبر...

وأما الحكم: فهو أن الكفر يوجب الاسترقاق، وهو سلب النفس حكمًا، فهو كالقتل.

وأما الحقيقة: فهي أن القتال مشروع مع الكفار، وسمي جهادًا، والشرع وعد على ذلك الثواب(٥)، والمقصود نفي الكفر؛ لأن الأنبياء إنما بعثوا

---

(١) سورة التوبة: آية ٢٩.

(٢) سورة التوبة: آية ٥.

(٣) ينظر: الهداية الى بلوغ النهاية (٨٢٢٩/١٢)، وغرائب التفسير وعجائب التأويل (١٦٨/١).

(٤) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: استتابة المرتدين المعاندين وقتالهم، باب: قتل من أبى قبول الفرائض وما نسبوا إلى الردة، (١٥/٩)، برقم: ٦٩٢٤، ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة ويؤمنوا بجميع ما جاء به النبي ﷺ وأن من فعل ذلك عصم نفسه وماله إلا بحقها ووكلت سريرته إلى الله تعالى وقتال من منع الزكاة أو غيرها من حقوق الإسلام واهتمام الإمام بشعائر الإسلام، (٥٢/١)، برقم: ٢٠و٢١.

(٥) ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلْيُقَـٰتِلْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يَشْرُونَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا بِٱلْـَٔاخِرَةِ وَمَن يُقَـٰتِلْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ سورة النساء: آية ٧٤.

لدعاء الخلق إلى الإسلام بعد أن زاغوا(١)(٢)، فدل أنه مشروع لنفي الكفر.

ولأن الآدمي إنما خلق للدين، فإذا امتنع عن الدين يستحق الإعدام(٣)، بالدين امتنع، [وبالكفر امتنع](٤)، فدل أنه مبيح إذا ثبت أن الكفر مبيح، فينبغي أن يفيد حقيقة الإباحة، إلا أنه طرأ عليه عقد الذمة، فمنعه عن العمل، فوجود عينه توجب شبهة الإباحة ضرورة كالملك؛ لما كان مبيحًا للوطء في الأصل، فإذا وجد ولم يبح وهي في الجارية المجوسية والمشركة والأخت من الرضاع، فإنه يوجب شبهة حتى لو طئها، لا حد عليه(٥)، كذلك ها هنا(٦).

❁ ودليلهم: أن دم الذمي مضمون بالقصاص في الجملة، فيجب القصاص بقتله، كالمسلم(٧).

وبيان أن دمه مضمون بالقصاص أن الذمي إذا قتل ذميًا يجب

---

(١) زاغوا: من الزيغ، وهو: وهو الميل عن القصد. ينظر: جمهرة اللغة (٢/٨٢٠)، والصحاح (١٣٢٠/٤).

(٢) ومن الأدلة التي تدل على أن الرسل إنما بعثوا لأجل دلالة الناس وإرشادهم. قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ ۖ فَيُضِلُّ ٱللَّهُ مَن يَشَآءُ وَيَهْدِى مَن يَشَآءُ ۚ وَهُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ﴾ سورة إبراهيم: آية ٤.

(٣) ومن الأدلة التي تدل على أن الإنسان إذا امتنع عن الدين يستحق الإعدام قول النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»، سبق تخريجه في (ص: ٣٨٠).

(٤) هكذا كتبت في الأصل.

(٥) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٣٨)، وبحر المذهب (١٣/٣١).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١١)، وبحر المذهب (١٢/١١)، والبيان (١١/٣٠٦).

(٧) ينظر: الأصل (٦/٥٧٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٣٥١)، والمبسوط (٢٦/١٣٢)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٧).




القصاص[1] ، فدل أن دمه مضمون بالقصاص ، ولأن دمه معصوم محترم كدم المسلم ، وإتلاف الدم المعصوم عمدًا على سبيل التعدي موجب للقصاص ، إذا ثبت أن دمه مضمون بالقصاص فقتله ينعقد سببًا للقصاص ، فقد وجد السبب والمحل ، فلو امتنع إنما يمتنع لمصير الكفر شبهة ، والكفر لا يصير شبهة ؛ لأنه لو صار شبهة إنما يصير شبهة في المحل ، والشبهة في المحل لا تختلف باختلاف الفاعلين ، وها هنا لم يصر شبهة في حق الذمي ، حتى إن قتله ذمي ينعقد سببًا للقصاص ، دل أنه لا شبهة فيه أصلًا .

وبهذا تبين أن الكفر لا يكون مبيحًا ؛ إذ لو كان مبيحًا لما افترق الحال بين ما إذا كان القاتل مسلمًا أو ذميًا ، ولأن المبيح ما له تأثير في الإباحة ، وليس للكفر تأثير في الإباحة ، لأن الكفر جناية وردت على محض حق الله تعالى ، وضررها يختص الجاني ولا يعدوه ، والأصل [١٨٦/ب] في وضع الشرع أن الجناية إذا كانت على هذا الوجه فجزاؤها مؤخر إلى دار الآخرة ؛ لأنها هي الدار المعدة للجزاء ، وتعجيل بعض العقوبات في الدنيا إما أن يكون لدفع مضرة عن العباد ، أو لجلب منفعة ، فإذا كان ضرر الكفر لا يتعدى إلى غير الكافر ، فلا يتعجل عقوبته[2] .

الجواب:

قولهم: دم الذمي مضمون بالقصاص .

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣٣/٢٦) ، والمهذب (١٧١/٣) .

(٢) ينظر: وشرح مختصر الطحاوي (٣٥١/٥) ، والمبسوط (١٣٢/٢٦) ، وبدائع الصنائع (٢٣٧/٧) .




قلنا: في حق من لم يوجد في حقه شبهة الإباحة، وقد وجد شبهة الإباحة في حق المسلم دون الذمي.

قولهم: أن الشبهة إنما نشأت عن المحل فلا تختلف.

قلنا: الشبهة إذا نشأت عن معنى مختلف تختلف، والشبهة إنما تنشأ عن الكفر لكونه مبيحًا، والكفر لا يكون مبيحًا لعينه، وإنما يكون بواسطة الدعاء إلى الإسلام، فإنما يكون في حق من هو من أهل الدعاء، والمسلم أهل للدعاء بخلاف الذمي، فإنه مدعو.

قولهم: بأن الكفر ليس بمؤثر في كونه مبيحًا.

قلنا: ليس كذلك، بل هو مؤثر؛ لأنه جناية متناهية، فتستدعي عقوبة متناهية، وليس ذلك إلا القتل.

قولهم: بأن الدنيا ليست بدار الجزاء.

قلنا: ما شرعنا جزاء، وإنما شرعنا زجرًا وردعًا عن الجناية، والدنيا دار الزجر؛ والدليل على بطلان كلامهم أن عندهم القتل مشروع لدفع شر الحراب، وهذا خلاف وضع الشرع؛ لأن الشرع شرع القتال مع الكفار، ووعد الثواب على ذلك[1]، وهو حق الشرع.

ولو كان كما قلتم لا حاجة إلى ورود الشرع بالإيجاب والحث على ذلك، ووعد الثواب عليه؛ لأن كل واحد بطبعه يعرف دفع الشر عن نفسه،

---

(١) ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلْيُقَٰتِلْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يَشْرُونَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا بِٱلْءَاخِرَةِ وَمَن يُقَٰتِلْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَيُقْتَلْ أَوْ يَغْلِبْ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ سورة النساء: آية ٦٤.

وطبعه يحمله على ذلك، فلا حاجة إلى هذه الأشياء؛ ولأنه ينبغي أن يكون حق العباد لا حق الشرع، فدل أن هذا مما لا يستقيم(١)، والله أعلم.



|٢٤١| مسألة:

الحر لا يقتل بالعبد عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن بينهما تفاوت في النفسية عندنا(٤)، وعندهم ما ثبت التفاوت بينهما في النفسية(٥).

❊ دليلنا: أنه فات شرط وجوب القصاص؛ لأن المساواة في النفسية شرط وجوب القصاص، وقد انعدمت(٦).

وبيان أن المساواة شرط أشياء: أولها: قول الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾(٧)، قابل النفس بالنفس، والمقابلة تقتضي المعادلة لتحقق المقابلة؛ وبيان أنه لم يوجد: أن الحر نفس من كل وجه، والعبد [١٨٧/أ] نفس من وجه ومال من وجه.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٤)، وبحر المذهب (١٢/١٣).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٦)، ونهاية المطلب (١٦/١٨)، وبحر المذهب (١٢/١٥)، والتهذيب (٧/١٧)، البيان (١١/٣٠٨).
(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٨٤)، والمبسوط (٢٦/١٢٩)، وتحفة الفقهاء (٣/١٠١)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٧).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧)، وبحر المذهب (١٢/١٦)، والبيان (١١/٣٠٨).
(٥) ينظر: المبسوط (٢٦/١٣٠)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٨).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧)، وبحر المذهب (١٢/١٦)، والبيان (١١/٣٠٨)
(٧) سورة المائدة: آية ٤٥.




وبيان ذلك وهو أنَّا لا نعني بالنفسية الدم المجرد والحياة المجردة، لكن نعني بهذا الذات الموصوفة بالحرمات والكرامات، للآدمية وشرف الآدمية.

وإنما قلنا: أن النفسية عبارة عن هذا؛ لأن الشرع خص الآدمي بالقصاص، مع أنه مساو كسائر الحيوانات في الحياة والدم، وإنما خصه لمعنى يختص به الآدمي، وذاك ليس إلا ما ذكرنا من الشرف والحرمات والكرامات.

وإذا عرف هذا تبين أنه لا مساواة بين الحر والعبد؛ لأن العبد مهان مبتذل مستسخر مباع في الأسواق متصرف فيه كالبهائم، فلم يبق له شرف ولا حرمة مع هذه الأشياء، فدل أنه لا مساواة بينهما في النفسية، وهذا على أصلكم ظاهر؛ لأن عندكم يتفاوتان في البدل، والتفاوت في البدل دليل تفاوت النفسية، لأن البدل بدل النفسية، فدل أنه فات شرط القصاص، فلا يجب[(١)]، كما لو قتل بهيمة سواء بسواء[(٢)].

♦ ودليلهم: أن دم العبد مضمون بالقصاص في الجملة، فوجب أن يكون مضمونًا في حق الحر كالحر[(٣)].

وبيان أنه مضمون الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه مضمون في حق العبد[(٤)].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣١٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧)، وبحر المذهب (١٢/١٦)، والبيان (١١/٣٠٨)

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٦٠)، والمهذب (٣/١٧١).

وأما الحقيقة: فلأنه معصوم محترم كالحر، فلا بد وأن يكون مضمونًا كالحر، فدل أن دمه مضمون بالقصاص، وبهذا نتبين أن قتله ينعقد سببًا؛ لأنه ينعقد سببًا في حق العبد[1].

والمحلية أيضًا قد وجدت؛ لأن الحر محل لإيجاب القصاص، فلو امتنع وجوب القصاص إنما يمتنع باعتبار أن الرق إذا حل المحل صير المحل مالًا من وجه، والرق لا يحل محل القود؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الحر والعبد يستويان في محل القود؛ لأن الحر إنما يصير محلًا للقود باعتبار كونه آدميًا معصومًا محترمًا حيًا، والعبد كالحر في هذا.

ولأن القتل تفويت الحياة بإزاء تفويت الحياة، وإراقة دم بإزاء إراقة دم، والدم والحياة لا يوصفان بالرق، فدل أن الرق لا يحل محل القود.

وأما الحكم: فلأنه لو أقر على نفسه بالقصاص يقبل إقراره، ولو كان الرق حل محل القود وجب أن لا يقبل؛ لأن الإقرار حينئذ صادف حق الغير، فدل أن الرق لا يحل محل للقود، فبقي المحل مضمونًا بالقصاص في حق الكل كالحر سواء، يدل عليه أن الرق والمالية أمر زائد وراء محلية القود، فصار كسائر الأوصاف الزائد من العلم والغنى وغيرهما[2].



(١) ينظر: المبسوط (٢٦/١٣٠)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٨).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

الجواب:

قولهم: دم العبد مضمون.

قلنا: لكن لم قلتم بأن قتل [١٨٧/ب] الحر بالعبد قصاص؟! لأنَّا بَيَّنَّا أن القصاص ينبني عن المساواة في النفس، ولم توجد المساواة في النفسية، فقتله لا يكون قصاصًا، يكون ظلمًا.

قولهم: بأن الرق لا يحل محل القود.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل يحل.

قولهم: بأن الحر والعبد يستويان في محل القود.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ لأن محل القود النفسية، وهما متفاوتان في النفسية.

قولهم: بأن الحر إنما يكون محلًا لكونه آدميًا حيًا معصومًا محترمًا، والعبد كالحر في ذلك.

قلنا: هذا فاسد؛ لأن العبد إنما صار مالًا مملوكًا من حيث كونه آدميًا حيًا معصومًا، وإذا كان مالًا مملوكًا من هذا الوجه فكيف يكون مثلًا للحر من هذا الوجه؛ فلأنَّا بَيَّنَّا أن الآدمي إنما صار محلًا للقصاص للشرف والكرامة والحرمة، والعبد باعتبار الرق لا يبقى مشرفًا مكرمًا محترمًا، ولهذا المعنى [لم من له][١] المعاني المثبتة عن الشرف نحو الحرية والمالكية وأهلية الشهادة والولاية، فدل أن الرق يحل محل القود ويؤثر فيه، ولا يكون قتله

(١) قد يقصد بها «أين له» أو «من أين له».

قصاصًا[1]، والله أعلم.



|٢٤٢| مسألة:

قيمة العبد تبلغ بالغة ما بلغت عندنا[2]، وعندهم تبلغ دية الحر، وتنقص منها عشرة[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المضمون من العبد المالية عندنا[4]، والدمية عندهم[5].

❊ دليلنا: أن الواجب القيمة، فوجب أن يجب كمال القيمة كقليل القيمة[6].

وبيان الواجب القيمة الاسم والحكم والحقيقة:

أما الاسم: فإنه يسمى قيمة، واختلاف الأسامي يدل على اختلاف المسميات.

وأما الحكم: فلأنه لا تجب الدية المعهودة، ولو كان الواجب هو الدية وجب أن تجب الدية المعهودة.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٨)، وبحر المذهب (١٢/١٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٠)، بحر المذهب (١٢/١٨)، التهذيب (٧/١٨).

(٣) وخالف الحنفية في ذلك أبي يوسف فإنه رأيه رأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: الأصل (٧/٤٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٣٧٠)، ومختصر القدوري (ص: ١٩٠)، والنتف (٢/٦٨٤)، والمبسوط (٢٧/٢٨)، وتحفة الفقهاء (٣/١١٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٦٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٠)، وبحر المذهب (١٢/١٩).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٧/٣٠)، وتحفة الفقهاء (٣/١١٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٦٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٠)، وبحر المذهب (١٢/١٩).

وأما الحقيقة: فهي أن الواجب بدل، والبدل على قسمين: توقيفي، وحقيقي، وهذا البدل ليس بتوقيفي؛ لأنه يتعرض لإيجابه لصفات المبدل، فيكون بدلًا حقيقيًا، والبدل الحقيقي هو القيمة أو المثل، والمثل لم يوجد، فدل أن الواجب هو القيمة، فوجب أن تجب كل القيمة؛ لأن القيمة إنما تجب للجبر، فيعتبر كمال الجبر، وذاك إنما يكون بكمال القيمة، أما إيجاب البعض فجبر للبعض وإحباط للبعض، وهذا مما لا يجوز(١).

❁ ودليلهم: أن الضمان ضمان دم، فلا يزاد على أعلى الديات كدية الحر(٢).

وإنما قلنا: أنه يجب في مقابلة الدم بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن في العبد معنيان: الدمية، والمالية، ولا تجب في مقابلتهما، فلا بد من الترجيح [١٨٨/أ]، والترجيح لجانب الدمية؛ لأن الدمية أصل، والمالية تبع، ولأن الضمان ضمان القتل، فيجب في مقابلة محل القتل.

ومحل القتل الدم لا المال؛ لأن الفعل في الدم سمي قتلًا، أما في المال فلا، ولأن الضمان إنما شرع للصيانة، والدمية في استدعاء الصيانة أولى من المالية؛ لأن الدم مضمون معصوم لنفسه والمال لغيره.

وأما الحكم: هو أنَّا أجمعنا على أن الضمان الثاني وهو القصاص في مقابلة الدمية(٣)، كذلك هذا الضمان؛ لأن المضمون لا يختلف باختلاف

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط (٢٧/ ٣٠)، وتحفة الفقهاء (١١٥/٣)، وبدائع الصنائع (٢٦٧/٧).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٧/ ٣٠)، والحاوي الكبير (٢١/١٢).




أوصاف الفعل، بل صفة الضمان تختلف، فدل أن الضمان في مقابلة الدم، فلا يزاد على دية الحر، بل إذا زاد على دية الحر يرد إلى دية الحر، ثم ينقص منها عشرة؛ لأن العبد أنقص حالًا من الحر، ولنقصان المضمون تأثير في نقصان الضمان، فنقصنا منه عشرة؛ لأنها أقل مال له خطر في الشرع[1].

الجواب:

قولهم: الضمان ضمان الدم.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل ضمان المال؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: لأن الواجب هو المال، والمال يجب في مقابلة المال؛ لأن المساواة بينهما تتحقق.

وأما الحكم: فلأنه تصرف إلى السيد، وحق السيد في المالية لا في الذمية.

قولهم: بأن الدم أصل والمال تبع.

قلنا: هذا اشتغال بالترجيح، وإنما يصار إليه عند الإمكان، ولا إمكان ها هنا؛ لأن الإمكان بدليل الشرع يكون، ودلائل الشرع محصورة الكتاب والسنة والإجماع والقياس[2]، ولم يوجد الكتاب ها هنا، ولا السنة ولا الإجماع مع خلافنا، ولا القياس؛ لأن القياس يأبى إيجاب المال في مقابلة الدمية؛ لأنه لا مماثلة على ما بَيَّنَّا، فلا يجوز المصير إلى الاشتغال بالترجيح.

والدليل على بطلان هذه المعاني أن المالية معتبرة حتى يصار إلى

(١) ينظر: المبسوط (٢٧/٣٠)، وتحفة الفقهاء (٣/١١٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٦٧).
(٢) ينظر: الفصول في الأصول (٢/٣١).

التقويم، فلو كان الأمر كما ذكرتم وجب أن لا تعتبر المالية، ولا يصار إلى التقويم، بل يجب أبدًا على نسق واحد وينقص عشرة؛ لأن الدلائل التي ذكرتموها لا تختلف بين حالة وحالة، فإذا اختلف البدل عند اختلاف المالية، دل أنها في مقابلة المالية(١)، والله أعلم بالصواب.

|٢٤٣| مسألة:

الأيدي تقطع بيد واحدة عندنا(٢)، خلافاً لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقاً: على أن كل واحد منهما قاطع على الكمال، وصاحبه كالمعِين له عندنا(٤)، وعندهم قاطع [١٨٨/ب] بعض اليد(٥).

❊ دليلنا: أجمعنا على أن الأنفس تستوفى بالنفس الواحدة؛ فكذلك الأيدي تقطع باليد الواحدة(٦)؛ لأن هناك إنما يقتل الجماعة بالواحد باعتبار أنه وجد من كل واحد منهم قتل كامل في المحل، والقتل الكامل سبب لوجوب القصاص، والسبب متى وجد لا يجوز تعطيله، فالشرع حكم بإيجاب القصاص، وطريق الوجوب أن جعل كل واحد منهم كالمنفرد بالقتل الكامل، وصاحبه كالمعِين له ويمكن أن يجعل كذلك؛ لأنه وجد من كل واحد منهم قتل في جميع المحل، وسائر جميع المحل بفعل كل واحد منهم، ويمكن أن

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢١/١٢)، وبحر المذهب (١٩/١٢).
(٢) ينظر: الأم (٣٥١/٧)، والحاوي الكبير (٣٢/١٢).
(٣) ينظر: الأصل (٤٩١/٤)، والمبسوط (٢٦/ ١٣٧).
(٤) ينظر: الأم (٣٥١/٧)، والحاوي الكبير (٣٢/١٢).
(٥) ينظر: المبسوط (١٣٧/٢٦)،
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢/١٢).

يجعل كل واحد منهم قاتلاً على الكمال هذا المعنى موجود في الطرف؛ لأنه وجد من كل واحد منهم فعل في جميع المحل؛ لأن جميع المحل بيان بفعل كل واحد منهم؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا وضعوا سكيناً واحداً على المفصل وتحاملوا عليه حتى حصلت الإبانة وفي هذه الصورة ما من جزء يشار إليه إلا وهو مقطوع كل واحد منهم[1].

♦ ودليلهم: أنه قاطع بعض اليد، وقطع بعض اليد لا يوجب قطع كل اليد، كما إذا قطع أحدهما من جانب والآخر من جانب[2].

وبيان أنه قاطع بعض اليد، الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه إذا قطع يمنى رجلين لا يقطع يمينه بيمينهما على سبيل الاكتفاء، ولو كان الجماعة إذا قطعوا يداً واحدة كل واحد منهم قاطع كل اليد لوجب أن يكتفى بيمينه؛ لأن كل واحد منهما يستوفي حق نفسه على سبيل الكمال.

وأما الحقيقة: فهي أن قطع بعض اليد متصور، فإذا قطع مع غيره فلا بد وأن يكون قاطعاً بعض اليد فيضاف إلى كل واحد منهم البعض، كحمل الخشبة الثقيلة وشراء العبد، ولأن فعل القطع قابل للتجزئة، والجماعة إذا اشتركوا في فعل قابل للتجزئة في محل قابل للتجزئة يضاف إلى كل واحد منهم بعضه كحمل الخشبة؛ لأن الفعل وقع مشتركاً وهذا الفعل متحد في نفسه، والفعل الواحد إذا وقع مشتركاً يضاف إلى كل واحد منهم بعضه لا كله،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/١٣٧).

وخرج على هذا النفس؛ لأن هناك كل واحد منهم قاتل على الكمال؛ لأن الفعل لا يتجزأ والمحل لا يتجزأ ولأن حقيقة القتل ليس إلا جرح [١٨٩/أ] يعقبه زهوق الروح وقد وجد من كل واحد منهم ذلك فظهر الفرق[١].

الجواب:

قولهم: قاطع بعض اليد، قلنا: لا نسلم، بل هو قاطع كل اليد إلا أنه مع غيره فجعلنا كل واحد منهم قاطعاً على الكمال وصاحبه كالمعِين له، أما إذا قطع يمنى رجلين قلنا نحن إنما جعلنا كل واحد منهما قاطعاً على الكمال من حيث المعنى لا من حيث الصورة، وإنما يُصار إلى مثل هذا في طرف الوجوب لا في طرف الاستيفاء؛ لأنه لا حاجة إلى جعله في طرف الاستيفاء؛ بل الحاجة في طرف الوجوب فقط.

قولهم: إن قطع بعض اليد متصور، قلنا: بلى لا جرم إذا قطع البعض وترك البعض يكون قاطعاً؛ أما إذا قطع الكل مع غيره يكون قاطعاً للكل لكن مع غيره [يكون قاطعاً للكل لكن مع غيره][٢] فجعلنا كل واحد منهم قاطعاً على الكمال وصاحبه كالمعين له.

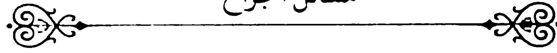
قولهم: بأن القطع قابل للتجزيء، قلنا: كونه قابلاً للتجزيء تأثيره في أن يقبل بعض اليد لا أنه متى وجد وحدهما، فإذا وجد القطع في الكل يكون قاطعاً للكل وإن كان متجزئاً.

قولهم: بأن الفعل الواحد وقع مشتركاً، قلنا: بلى هذا الفعل متحد مشترك

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٦/١٣٧).

(٢) هكذا كتبت في المخطوط ويبدو أنها كررت سهوا من قبل الناسخ.



من حيث الصورة لكن جعلنا كل واحد منهم كالمنفرد وصاحبه كالمعِين له كما فعلنا في باب النفس.

قولهم: بأن الروح لا تتجزأ والفعل لا يتجزأ، قلنا: كما لا يتجزأ لا يتعدد وتعديد مالا يتعدد خروج عن المعقول فلا يجوز المصير إليه فوجب أن لا يُصار إليه دل أن المعنى ما بيّنّا.

وأما قولهم: أن حد القتل موجود من كل واحد منهم، قلنا: لا نسلم على الحقيقة[1]. والله أعلم.



|٢٤٤| مسألة:

الواحد لا يقتل بالجماعة على سبيل الاكتفاء[2] عندنا[3]، ....

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٢).

(٢) مراد المؤلف ﷺ في الكفاءة، الواحد إذا قتل الجماعة هل قتله قصاصا يكتفي عن الباقين؟ أم يلزم الدية للباقين، ويكون قتله بمثابة القصاص عن واحد منهم وتؤخذ الدية للبقية لتعذر الاستيفاء في ذلك. قال السرخسي: الواحد إذا قتل جماعة، فإنه يقتل بهم جميعا على سبيل الكفاءة، وقال الشافعي: إن قتلهم على التعاقب يقتل بأولهم، ويقضى بالديات لمن بعد الأول في تركته، وقال السمرقندي: أما الواحد إذا قتل جماعة فإنه يقتل ولا يجب شيء من الدية، وعند الشافعي يجمع بين القتل والدية فيكون القتل بمقابلة الواحد، وتجب الدية في حق كل واحد من الباقين، وقال الماوردي: وإذا قتل الواحد جماعة قتل بالأول وألزم ديات الباقين، وقال إمام الحرمين: الواحد إذا قتل جماعة، وكان بحيث يستوجب القصاص بقتل كل واحد منهم، فمذهب الشافعي أنه يقتل بواحدٍ، وللأولياء الباقين الدياتُ في تركته. ينظر: المبسوط (٢٦/١٢٧)، وتحفة الفقهاء (٣/١٠٠)، والإقناع (ص: ١٦٢)، والحاوي الكبير (١٢/١١٩)، ونهاية المطلب (١٦/١٥٩).

(٣) ينظر: الإقناع (ص: ١٦٢)، والحاوي الكبير (١٢/١١٩)، وبحر المذهب (١٢/١٠٨)، والتهذيب (٧/٢٨)، والبيان (١١/٣٩٢).

خلافًا لهم(١).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الجماعة إذا قتلوا واحدًا فكل واحد منهم قاتل حكمًا لا حقيقة عندنا(٢)، وعندهم حقيقة(٣).

❊ دليلنا: أن الواجب يسمى باسم القصاص، والقصاص ينبني عن المماثلة والمساواة، ولا مساواة بين الواحد والجماعة، لا من حيث الفعل، ولا من حيث المحل(٤).

أما المحل فظاهر؛ لأن الواحد لا يساوي العدد، لأن في العدد ما يساوي الواحد، وأما من حيث الفعل أيضًا لم يوجد؛ [١٨٩/ب] لأن الواحد إذا قتل جماعة، فقد وجد منه قتلات متعددة في حال مختلفة، والجماعة إذا قتلوا واحدًا إن اختلفنا أن الفعل هل يتعدد بتعدد الفاعلين، لكن المحل متحد، والمحل المتحد لا يقبل إلا قتلًا متحدًا، فيضاف إليهم ما يتصور في المحل، فإذا كان المتصور في المحل متحدًا فيضاف إليهم، فدل أنه لا مماثلة، فيضاف إليه(٥).

❊ ودليلهم: قالوا: أجمعنا على أن الجماعة يقتلون بالواحد قصاصًا، فكذا الواحد وجب أن يقتل بهم قصاصًا(٦).

---

(١) ينظر: وشرح مختصر الطحاوي (٣٧٥/٥)، ومختصر القدوري (ص: ١٨٥)، والمبسوط (١٢٧/٢٦)، وتحفة الفقهاء (١٠٠/٣)، وبدائع الصنائع (٢٣٩/٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١٩/١٢)، وبحر المذهب (١٠٨/١٢)، والبيان (٣٩٢/١١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧٥/٥)، المبسوط (١٢٨/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٣٩/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١١٩/١٢)، وبحر المذهب (١٠٨/١٢)، والبيان (٣٩٢/١١).

(٥) ينظر: المراجع السابقة.

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧٥/٥)، والمبسوط (١٢٨/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٣٩/٧).

لأن الجماعة إنما يقتلون بالواحد قصاصًا لوجود المماثلة من الواحد والجماعة، لأن القصاص ينبني على ذلك، والمماثلة إذا تحققت بين الجماعة والواحد تتحقق بين الواحد والجماعة ضرورة؛ لأنها من الأسماء المشتركة، كالأخوة والجوار وغير ذلك.

وهذا الفقه وهو أنا لا ندعي المماثلة من حيث المحل؛ لأن التفاوت ظاهر، وإنما ندعي من حيث الفعل؛ لأن القصاص جزاء الفعل، فيستدعي المماثلة من حيث الفعل، وقد وجدت المماثلة من حيث الفعل؛ لأن الجماعة إذا قتلوا واحدًا فكل واحد منهم قاتل على الكمال، فقد وجد قتلات متعددة، والواحد إذا قتل جماعة فقد وجد منه قتلات متعددة، وقد وجدت المماثلة من هذا الوجه.

وبيان أن الجماعة إذا قتلوا واحدًا وكل واحد منهم قاتل على الكمال الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح[1]، وقد وجد من كل واحد منهم ذلك.

وأما الحكم: فإنه يجب على كل واحد منهم قصاص كامل، فدل أن كل واحد منهم قاتل على الكمال.

إذا عرفت هذا فالواحد إذا قتل جماعة، فقد وجب عليه قتلات متعددة، والجماعة إذا جاءوا واستوفوا القصاص فكل واحد منهم قاتل على

---

(١) ينظر: التعريفات (ص: ١٧٢)، والكليات (ص: ٧٢٩).




الكمال كما بَيَّنَّا ، فيصير كل واحد منهم مستوفيًا حق نفسه على الكمال ، فلا يبقى ها هنا شيء حتى يرجع إلى المال[1] .

وخرج على هذا فصل الطرف ؛ لأن الطرف متجزئ ، وكل واحد منهم قاطع بعض اليد ، فلا يكون مستوفيًا حق نفسه على الكمال على ما بَيَّنَّا[2] .

الجواب:

قولهم: بأن الجماعة يقتلون بالواحد قصاصًا فكذا الواحد .

قلنا: لم قلتم [. . .] ؟![3] .

قولهم: لأن الجماعة إذا قتلوا [١٩٠/أ] بالواحد فهذا دليل وجود المساواة .

قلنا: أي شيء عنيتم بالمساواة ؟! إن عنيتم بها مساواة حقيقة فمحال ، وإن عنيتم شرعية فمسلم ، لكن الشرعيات تنبني على دلائل شرعية .

فبنا أن ننظر أن الشرع لأي دليل جعل الجماعة مثلًا للواحد حالة الظلم والاعتداء ؟ فنقول: إنما جعل للزجر والردع صيانة الدماء تغليظًا للأمر على الجناة ، وهذا الدليل حالة الاستيفاء لم يوجد ، بل على عكس هذا ، وجد لأن الزجر والتغليظ إنما يكون في أن لا يجعل كل واحد قاتلًا على الكمال ؛ لأن الإنسان إذا كان له أعداء ، فإذا علم أنه إذا قتلهم يقتل بهم ويبقى المال

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٧٥) ، والمبسوط (٢٦/١٢٨) ، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٩) .
(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/١٢٨) .
(٣) السياق يدل على سقط في الأصل .

للورثة، لا إشكال بأنه يبادر إلى ذلك، فقلنا: بأنه لا يقتل على سبيل الاكتفاء، بل يوجد المال لأجل الزجر والردع(١)، والله أعلم.



|٢٤٥| مسألة:

القتل بالمثقل يوجب القصاص عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

وكذا إذا قتل بسوط صغيرة ووالى بين الضربات(٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن القتل كامل والعمدية كاملة عندنا(٥)، وعندهم تمكن القصور في الكل(٦).

❊ دليلنا: أن سبب القصاص قد وجد؛ لأنه محسوس، وقد وجد حسًا(٧).

ولأنه اسم لفعل مفوت للحياة أو معقب زهوق الروح، وقد وجد، فصار كالجرح، فإن هناك لا يكون قتلًا لصورة الجرح؛ لأنه لو اندمل(٨) لا

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٠)، وبحر المذهب (١٢/١٠٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٥)، ونهاية المطلب (١٦/٨٢)، وبحر المذهب (١٢/٣٣)، والبيان (١١/٣٣٥).

(٣) وهو رأي أبو حنيفة خلافا لصاحبيه فقد وافقا الشافعية رأيهم في هذه المسألة. ينظر: الجامع الصغير (ص: ٢٩٥)، والمبسوط (٢٦/١٢٣)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٤).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٦/١٢٤)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٤)، الحاوي الكبير (١٢/٣٥)، والبيان (١١/٣٣٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٦)، ونهاية المطلب (١٦/٨٢)، وبحر المذهب (١٢/٣٤)، والبيان (١١/٣٣٥).

(٦) ينظر: المبسوط (٢٦/١٢٤)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٤).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٣٦)، ونهاية المطلب (١٦/٨٢)، والبيان (١١/٣٣٥).

(٨) اندمل: إذا تماثل وصلح، ومنه قيل: داملت الرجل إذا داريته لتصلح ما بينك وبينه. ينظر:=

يكون قتلًا ، وإنما يكون قتلًا ؛ لأنه يفضي إلى زهوق الروح ، وهذا الفعل ربما يكون أسرع إفضاء.

والعمدية إفضاء موجود ؛ لأن من أدار حجر الرحا على رأس إنسان لا شك أنه قاصد قتله ، ولأن هذا فعل قاتل ، والقصد إلى فعل قاتل قصد إلى القتل ، فدل أن السبب قد وجد(١).

❁ ودليلهم: أنه قتل تمكن فيه شبهة الخطأ أو شبهة العدم ، وبأيهما كان فهو مانع من القصاص(٢).

وبيان شبهة الخطأ أن هذه الآلة ليست بآلة موضوعة للقتل نصًا ومعقولًا وعرفًا:

أما النص: فقول الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾(٣) ، بين أن الموضوع للقتل هو الحديد(٤).

وأما المعروف: فلأن المتعارف في القتل استعمال الحديد لا الخشب.

وأما الحقيقة: فلأن آلة الشيء ما تيسر استعماله في ذلك الشيء، والحديد على هذا الوجه ، فدل أن هذه الآلة ليست بموضوعة للقتل ، فتمكنت فيه شبهة الخطئية ؛ لأن الآلة ركن في أفعال العباد ، والخلل في الآلة يوجب

= تهذيب اللغة (٩٦/١٤) ، ومقاييس اللغة (٣٠٢/٢).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٦/١٢) ، ونهاية المطلب (٨٢/١٦) ، والبيان (٣٣٥/١١).

(٢) ينظر: المبسوط (١٢٣/٢٦) ، وبدائع الصنائع (٢٣٤/٧).

(٣) سورة الحديد: آية ٢٥.

(٤) ينظر: تفسير السمرقندي (٤١٠/٣) ، وتفسير القرطبي (٢٦١/١٧).

خللًا في الفعل [١٩٠/ب].

وأما بيان شبهة العمدية أن القتل في الحقيقة اسم لفعل ينفعل في الحياة، إلا أنه باطن لا يمكن تفويته بنفسه، فتفويته بتفويت ما به قوام الحياة، وقوام الحياة باعتدال الظاهر والباطن، فتفويته بتخريب الظاهر والباطن، فلم يوجد تخريب الظاهر، فانعدم القتل بالنسبة إلى الظاهر وهي بالنسبة إلى الباطن، وأما في الضربات المتوالية يحتمل أنه يحصل بالضربة الأولى، ولو حصل بها لا يوجب القصاص، فتوهم الحصول يورث شبهة في منع القصاص(١).

الجواب:

قولهم: قتل يمكن فيه شبهة الخطأ والعدم.

قلنا: لا نُسَلِّم، [كلاهما في](٢).

قولهم: بأن الآلة ليست بآلة موضوعة للقتل.

قلنا لا نُسَلِّم، بل هي موضوعة له؛ لأن الوضع إنما يعرف إما بالصلاحية أو باستعمال الناس، وكلاهما موجودان، أما الحديد، قلنا: هو موضوع ولكن كونه موضوعًا له لا ينفي كون غيره موضوعًا له.

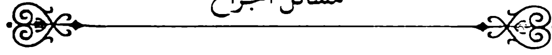
أما قولهم: بأن الناس لا يستعملون الخشب في القتل.

قلنا: ليس كذلك، بل يستعملونه، وهذا لأن الناس مذاهب مختلفة؛

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢٣/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٣٤/٧).

(٢) هكذا كتبت في الأصل.



بعضهم يستعمل الخشب، وبعضهم الحجر، وبعضهم الحديد، فلا يمكن القول بتخصيص العرف في استعمال البعض دون البعض.

قولهم: أن الآلة ما يتيسر استعماله.

قلنا: عدم التيسير لا ينفي صلاحية الآلة بل ينفي كثرة الاستعمال، ولا اعتبار بكثرة الاستعمال.

أما قولهم: أن شبهة العدم موجودة.

قلنا: لا نُسَلِّم.

قولهم: بأن القتل حقيقة تفويت الحياة، ولا يمكن، فيدار الحكم على الظاهر وهو تفويت ما به قوام الحياة، وهو تخريب الظاهر والباطن.

قلنا: لا نُسَلِّم بأن التخريب شرط أصلًا، بل الشرط الإتيان بفعل يفضي إلى تفويت الحياة، وهذا لأن الضربة لا تراد لعينها، وإنما تراد لتفويت الحياة على ما قلتم، وقد وجد فعل يفضي إلى تفويت الحياة، فلا يعتبر شيء آخر.

ثم نقول: قولهم: بأن التخريب معتبر، أي شيء عنيتم بهذا؟! إن عنيتم به الجرح فليس كذلك؛ لأن عندكم التخريب من حيث الباطن قد وجد، ولم يوجد الجرح، وإن عنيتم به إيصال فعل مؤثر به، فالفعل المؤثر قد اتصل بالظاهر حسب اتصاله بالباطن، بل اتصاله بالظاهر أكثر، وهذا لأن كمال القتل إنما يعرف بالنظر إلى حقيقة القتل، وحقيقة القتل إفساد بإخراجها عن كونها منتفع بها، وقد وجد هذا من كل وجه ظاهرًا وباطنًا، [أما الشرط الصغيرة][1].

(١) هكذا في الأصل.

قولهم: بأن الضربة الواحدة لا توجب القصاص [١٩١/أ]، فإذا والى يتوهم حصوله بالأولى.

قلنا: الضربة الواحدة إنما لا تكون سببًا بشرط الاقتصار عليه، أما إذا لم يقتصر فقد فات الشرط، فصار الكل موجبًا؛ لأن عند الاقتصار إنما يكون موجبًا لعدم العمدية، فإذا توالى فقد وجدت العمدية في الكل فاتصل الشرط بالكل، فصار الكل موجبًا، فلا تؤثر شبهة التوهم الحصول بالأول(١)، والله أعلم.



|٢٤٦| مسألة:

موجب العمد أحد الأمرين لا بعينه؛ إما القصاص وإما الدية في أحد قولينا(٢)، وعندهم القصاص فحسب(٣)، وهو القول الثاني(٤)، إلا أن عندنا يجوز لولي القتل الرجوع إلى المال من غير رضا القاتل(٥)، وعندهم لا يجوز ذلك إلا برضا القاتل(٦).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٧/١٢)، وبحر المذهب (٣٥/١٢).

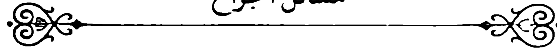
(٢) ينظر: اللباب (ص: ٣٥٣)، والحاوي الكبير (٩٥/١٢)، ونهاية المطلب (١٣٧/١٦)، وبحر المذهب (٨٧/١٢)، والوسيط (٣١٦/٦).

(٣) ينظر: الحجة (٣٢١/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٨٥/٥)، والمبسوط (٦٠/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٤١/٧).

(٤) وهو الأظهر عند الشافعية. ينظر: اللباب (ص: ٣٥٣)، والحاوي الكبير (٩٥/١٢)، ونهاية المطلب (١٣٧/١٦)، وبحر المذهب (٨٧/١٢)، والوسيط (٣١٦/٦).

(٥) ينظر: المراجع السابقة.

(٦) ينظر: الحجة (٣٢١/٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٨٦/٥)، والمبسوط (٦٠/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٤١/٧).



ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الموجب الأصلي في هذا الباب عندنا المال[1]، وعندهم القصاص[2].

❊ دليلنا: أنه أتلف محلًا مصونًا فوجب أن يكون مضمونًا بالمال كسائر الأموال، وكحالة الخطأ[3].

لأن المال ضمان على مناهج سائر الضمانات، لأن الضمان إنما سمي ضمانًا لأنه تضمين المتلف، بحيث يقوم مقامه ويسد مسده، وذلك إنما يكون بالمال.

أما بالقصاص فلا؛ لأنه تفويت بإزاء تفويت، ولأن هذا الضمان إنما وجب لحق العبد، وما وجب لحق العبد إنما وجب على سبيل التحصيل، ليحصل له شيء، وذلك إنما يكون بالمال؛ ولأن الضمان إما للجبر أو للزجر، وفي المال يحصل كلا المعنيين بخلاف القصاص؛ لأن فيه معنى الزجر فحسب، فكان المصير إلى المال أولى[4].

❊ ودليلهم: قتل هو عدوان محض، فلا يقابل بالمال كالزنا وغيره[5].

وقولنا: عدوان، لا إشكال فيه.

وإنما قلنا: لا يقابل بالمال؛ لأن جزاء العدوان مقيد بالمثل، ولا مماثلة

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٩٦)، وبحر المذهب (١٢/٨٨)، والبيان (١١/٤٢٩).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٨٨)، والمبسوط (٢٦/٦١)، وبدائع الصنائع (٧/٢٤١).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٩٦)، وبحر المذهب (١٢/٨٨)، والبيان (١١/٤٢٩).
(٤) ينظر: المراجع السابقة.
(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٨٨)، والمبسوط (٢٦/٦١)، وبدائع الصنائع (٧/٢٤١).

بين المال والنفس، لا من حيث الصورة، ولا من حيث المعنى:

أما صورة فظاهر.

وأما معنى فلأن الآدمي خلق لتحمل أمانة الله تعالى[1]، والمال خلق لمنفعة الآدمي[2]، فيكون تابعًا للآدمي، ولا مماثلة بين التبع والمتبوع.

وأما وجوب المال في الخطأ إنما يكون بالنص أو لأجل الضرورة، ولم يوجد هذا في العمد فلا يصار إلى المال، بل القصاص يتعين لوجود المماثلة من حيث الصورة والمعنى؛ ولأن الضمان وجب للجبر، ولا جبر في المال؛ لأنه ليس بمثل، وفي القصاص جبر؛ لأن الفائت حياة، وفي القصاص حياة على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾[3]، فيتعين لهذا المعنى [١٩١/ب][4].

الجواب:

قولهم: عدوان محض.

قلنا: مسلم، ولكن لم لا يجب المال فيه؟!

قولهم: لأنه لا مماثلة بين المال والنفس، وضمان العدوان مقيد بالمثل.

---

(١) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾ [الأحزاب: ٧٢].

(٢) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩].

(٣) سورة البقرة: آية ١٧٩.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٨٨)، والمبسوط (٢٦/٦١)، وبدائع الصنائع (٧/٢٤١).




قلنا: أولًا: إنما يكون مضمونًا بالمثل إذا ورد العدوان على محل يحتمل المثل، وها هنا لم يوجد هذا المعنى؛ لأنه ورد على الآدمي، والآدمي لا يحتمل المثل؛ لأنه ليس من ذوات الأمثال.

والثاني: نقول: جزاء العدوان مقيد بمثل؛ هو تفويت على سبيل التحصيل أم على سبيل التفويت؟! إن قلتم: على سبيل التحصيل، نُسَلِّم، وإن قلتم: على سبيل التفويت، وجب للآدمي إنما وجب على سبيل التحصيل.

قولهم: بأن المال ليس بمثل الآدمي.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو مثله؛ لأن المماثلة إنما تطلب بين المال وبين الآدمي، من حيث كونه حقًا للآدمي، لا من حيث كونه حقًا لله تعالى، والآدمي إنما يكون حقًا لنفسه من حيث كونه منتفعًا به انتفاع البقاء، والمال منتفع به انتفاع البقاء كالنفس من هذا الوجه، فتحققت المماثلة بينهما، فيصلح أن يكون ضمانًا[1]، والله أعلم.



|٢٤٧| مسألة:

يجب القصاص على المكره في قول لنا[2]، ولا يجب في الآخر[3]، وهو مذهبهم[4].

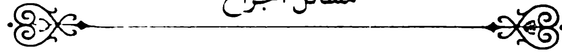
---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٩٦)، وبحر المذهب (١٢/٨٨).

(٢) وهو المعتمد من مذهب الشافعية. ينظر: نهاية المطلب (١٦/١١٨)، والتهذيب (٧/٦٤)، والبيان (١١/٣٥٠).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٥٢)، والمبسوط (٢٤/٧٣)، وبدائع الصنائع (٧/١٧٩).



ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المكره قاتل حقيقة عندنا[١]، وعندهم ليس بقاتل حقيقة[٢].

❊ دليلنا: أن سبب وجوب القصاص قد وجد في حق المكره، لأن سببه قتل عمد بمحض عدوانًا، وقد وجد منه[٣].

لأن القتل بعد الإكراه، كالقتل قبل الإكراه في المعنى الذي يستدعي وجوب القصاص؛ لأن قبل الإكراه إنما يجب لكونه عمدًا وعدوانًا، وبعد الإكراه العدوانية وجدت؛ لأن العدوانية والحظرية بكون المحل معصومًا، وبكون الفاعل ممنوعًا عن الفعل، وقد وجد؛ لأن المكره ممنوع عن الفعل.

وبهذا تبين أنه قاتل على الحقيقة؛ لأنه مأمور بترك الفعل، والإنسان يؤثر بترك فعل نفسه، لا بترك فعل الغير، والدليل على أنه مأمور حالة الإكراه بنوع الخطاب في حقه حالة الإكراه تارة بالحظر وتارة بالإباحة، فدل أنه فاعل قاتل، وقد بَيَّنَّا أن قتله قبل الإكراه وبعد الإكراه واحد، فعليه القصاص[٤].

❖ ودليلهم: أن المكره ليس بقاتل حقيقة، فلا يجب عليه القصاص[٥].

وإنما قلنا: أنه ليس بقاتل حقيقة؛ لأنه آلة القتل، والقتل حقيقة من مستعمل الآلة، لا من الآلة [١٩٢/أ].

---

(١) ينظر: التهذيب (٦٤/٧)، والبيان (٣٥٠/١١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٥٢/٨)، والمبسوط (٧٣/٢٤)، وبدائع الصنائع (١٨٠/٧).

(٣) ينظر: التهذيب (٦٤/٧)، والبيان (٣٥٠/١١).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٥٢/٨)، والمبسوط (٧٣/٢٤)، وبدائع الصنائع (١٨٠/٧).

والدليل على أنه آلة الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه لو أكرهه على إتلاف المال يجب الضمان على المكرِه لا على المكرَه[1]، وكذلك وجوب القصاص على المكرِه، ولولا أنه قاتل حقيقة وأن المكرَه آلة له، وإلا لما وجب.

وأما الحقيقة: فهي أن الآلة ما يستعمل لحصول مقصود المستعمل، وهذا المعنى موجود ها هنا، ولأن الآلة ما هو مدفوع إلى الفعل بطبعه، بحيث لا محيص[2] له عنه، وقد وجد ها هنا، وأما لحوق الإثم لم يكن لكونه قاتلًا، بل لأنه جعل نفسه آلة للمكره، لأن الشرع نهاه عن أن يجعل نفسه آلة للمكره، فيأثم لهذا المعنى[3].

الجواب:

قولهم: بأنه ليس بقاتل.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو قاتل حقيقة وشرعًا:

أما شرعا: فللحوق الإثم[4].

وأما حقيقة: فلأن القتل فعل محسوس، وقد وجد الفعل المحسوس

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٤/٦٩).

(٢) محيص: أي محيد ومهرب. ينظر: الصحاح (٣/١٠٣٥)، ومقاييس اللغة (٤/٤٦٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٥٢)، والمبسوط (٢٤/٧٣)، وبدائع الصنائع (٧/١٨٠).

(٤) لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٣].

منه، ولا يمكن منع صدور الفعل المحسوس عنه؛ لأن الحس والعيان يكذبه، ولحوق الإثم به يصدقه ويحققه، ولأنه مختار في هذا الفعل، لأنه اختار قتله على الاستسلام بعد أن خير بينهما.

قولهم: أنه آلة.

قلنا: لا نُسَلِّم، وكيف وأنه يأثم، وأنه مختار فيه؟! وليس من شأن الآلات لحوق الإثم وبقاء الخيرة له.

وأما قولهم: أن الآلة ما يستعمل لحصول مقصود المستعمل.

قلنا: بلى، ولكنا لا نُسَلِّم، تحقق هذا الحد ها هنا، بل المكره مستعمل محصل مقصود نفسه.

قولهم: بأنه مدفوع إلى الفعل بطبعه.

قلنا: بلى، ولكن هو بعد الحمل والدفع اكتسب لنفسه، فالحاصل أن تأثير الإكراه، ليس إلا أنه يحدث خوفًا في طبعه، ثم هو بعد الخوف يكتسب لنفسه اختيارًا، ويقدم على القتل بناء على اختيار نفسه، فقد يحصل بين الإكراه وبين القتل فعل فاعل مختار قطع الإضافة إليه.

أما وجوب القصاص على المكرَه لوجود التسبيب من جهته، لا لوجود المباشرة، والقتل التسبيبي كالقتل الحقيقي في إيجاب القصاص، فأما وجوب الضمان على المكرِه فممنوع، بل على المكرَه إلا أن له الرجوع إلى المكرِه، لأنه هو الذي أوقعه في هذا الفعل، والله أعلم.

|٢٤٨| مسألة:

شهود القصاص إذا رجعوا أو الولي والقاضي يجب عليهم القصاص عندنا(١)، خلافًا لهم(٢).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن القتل الحكمي كالحقيقي في إيجاب القصاص عندنا(٣)، وعندهم بخلافه(٤).

❊ دليلنا: أن الشهود [١٩٢/ب] قتلة عمدٍ حُكمًا، فوجب القصاص عليهم كالمكره(٥).

بيان أنهم قتلة حكمًا الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأنهم بالشهادة أهدروا دمه وأثبتوا لغيره حقًا في دمه [وأهدم](٦) الدم قتل حكمي، والدليل عليه من حيث الحكم وجوب الدية

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٥٦/١٧)، والتنبية (ص: ٢٧٣)، ونهاية المطلب (٥٨/١٩)، وبحر المذهب (٣٦٤/١٤)، والوسيط (٣٨٩/٧)، والتهذيب (٣٤٧/٧)، والبيان (٣٩٤/١٣).

(٢) ينظر: الأصل (٥٠/١٢)، والنتف (٨٠٤/٢)، والمبسوط (١٨١/٢٦)، وتحفة الفقهاء (٣٦٧/٣)، وبدائع الصنائع (٢٨٥/٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٥٦/١٧)، والتنبية (ص: ٢٧٣)، ونهاية المطلب (٥٨/١٩)، وبحر المذهب (٣٦٤/١٤)، والبيان (٣٩٤/١٣).

(٤) ينظر: النتف (٨٠٤/٢)، والمبسوط (١٨١/٢٦)، وتحفة الفقهاء (٣٦٧/٣)، وبدائع الصنائع (٢٨٥/٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٥٦/١٧)، والتنبية (ص: ٢٧٣)، ونهاية المطلب (٥٨/١٩)، وبحر المذهب (٣٦٤/١٤)، والبيان (٣٩٤/١٣).

(٦) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة: «وأهدم»؛ لكن الصحيح هو قوله: «وإهدار»، والله أعلم.




المغلظة عليهم[١]، فلولا أنهم قتلة وإلا لما وجبت الدية.

إذا ثبت أنهم قتلة حكمًا وجب القصاص؛ لأن الحكمي كالحقيقي في إيجاب القصاص، بدليل الكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فقول الله تبارك وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾[٢]، علق القصاص بالقتل ولم يفصل.

وأما المعقول: فلأن الحكميات ملحقة بالحقيقيات في تعليق الحكم بها.

وأما السنة: فقول النبي ﷺ: «العمد قود»[٣] علق القود بالعمد ولم يفصل[٤].

♦ ودليلهم: أن القصاص جزاء القتل، ولم يوجد القتل، فلا يجب[٥].

وإنما قلنا: لم يوجد؛ لأن الموجود هاهنا إيجاب القتل عليه، لا إيجاد

---

(١) ينظر: النتف (٢/٨٠٤)، البيان (١٣/٣٩٤).

(٢) سورة البقرة: آية ١٧٨.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: الديات، باب: من قال العد قود، (٥/٤٣٦)، برقم: ٢٧٧٦٥، والدارقطني في سننه (٤/٨٢)، برقم: ٣١٣٦، قال في التلخيص الحبير: في إسناده ضعف، وقال الألباني: حديث صحيح. ينظر: التلخيص الحبير (٤/٦٧)، وسلسلة الأحاديث الصحيحة (٤/٦٤٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٥٦)، والتنبية (ص: ٢٧٣)، ونهاية المطلب (١٩/٥٨)، وبحر المذهب (١٤/٣٦٤)، والبيان (١٣/٣٩٤).

(٥) ينظر: النتف (٢/٨٠٤)، والمبسوط (٢٦/١٨١)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٦٧)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨٥).




القتل، لأن الشهود بالشهادة أوجبوا القتل عليه، ولا يقابل بإيجاد القتل؛ لأن الإيجاب دون الإيجاد، والقصاص اتباع الفعل الأول، إذا كان الموجود من جهته دونه فلا يقابل بما هو فوقه.

ولأن غاية ما في الباب أن الشهود قتلة حكمًا، والقتل الحكمي لا يوجب القصاص؛ لأن الحكمي موجود من وجه، والموجود من وجه لا يقابل بالموجود من كل وجه؛ لأنه ظلم والظالم ينتصف منه ولا يظلم، وخرج على هذا الدية؛ لأنه جاز أن تجب في مقابلة الحكم بخلاف القصاص(١).

الجواب:

قولهم: أن القصاص جزاء القتل.

قلنا: مسلم، ولكن القتل موجود على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الموجود إيجاب القتل.

قلنا: هذا الإيجاب قتل حكمي، والحكمي كالحقيقي في إيجاب القصاص.

قولهم: بأن الحكمي دون الحقيقي.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل الحكمي كالحقيقي من كونه قتلًا؛ لأنه لا يتفاوت، لأنه تفويت الحياة، وإنما التفاوت في الذرائع، وذلك لا يكون معتبرًا كالمكره، لأن الموجود من جهته قتل بواسطة، وقد شرعت في حقه بلا واسطة، لكن ذاك تفاوت في الذريعة فلا يعتبر، كذا ها هنا(٢)، والله أعلم.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٥٧)، وبحر المذهب (١٤/٣٦٥).

|٢٤٩| مسألة:

إذا ثبت القصاص بين الصغير والكبير، ليس للكبير أن ينفرد بالاستيفاء عندنا[(١)]، خلافًا لهم[(٢)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن عند [١٩٣/أ] الانفراد بالاستيفاء تمكنت فيه شبهة عدمية الحق عندنا[(٣)]، وعندهم ما تمكنت[(٤)].

[**دليلهم:**][(٥)] أن في استيفاء الكبير استيفاء حق الصغير، فلا يجوز المصير إليه إلا بولاية سابقة أو نيابة لاحقة، ولم توجد[(٦)].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القصاص ثابت للصغير حسب ثبوته للكبير بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه إذا كان منفردًا يثبت له، فكذلك إذا كان مع الكبير وجب أن يثبت به.

وأما الحقيقة: فلأن السبب موجود في حقه كما هو موجود في حق الكبير، فدل أنه ثبت له حسب ما يثبت للكبير.

---

(١) ينظر: المهذب (١٩٠/٣)، ونهاية المطلب (١٤٣/١٦)، والبيان (٤٠١/١١).

(٢) وهذا رأي أبي حنيفة، أما صاحبيه فيرون ما يرى الشافعية من أنه ليس للكبير أن ينفرد بالاستيفاء إذا كان مع الورثة صغيرا أو صغارا. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٥١/٥)، النتف (٦٦١/٢)، المبسوط (١٧٤/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٤٢/٧).

(٣) ينظر: المهذب (١٩٠/٣)، والبيان (٤٠١/١١).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٥٣/٥)، والمبسوط (١٧٥/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٤٢/٧).

(٥) في هذا الموضع في المخطوط وردت لفظة: «ودليلهم»؛ كما هو مثبت في المتن لكن الصحيح هو قوله «دليلنا»، والله أعلم.

(٦) ينظر: المهذب (١٩٠/٣)، والبيان (٤٠١/١١).




ولهذا المعنى يعتبر الموانع نحو الرق والكفر وغير ذلك حالة الصغير، حتى إنه لو كان رقيقًا حالة الصغر ثم عتق لا يجب له، وكذا الكفر وغيره؛ لأن الحق ثبت لهما بطريق الإرث، لأنه ثبت [للمورث][(١)] أولًا، ثم ثبت لهما بطريق الإرث، فيثبت لهما مشتركًا ضرورة، فدل أنه ثبت للصغير، فلا يجوز للكبير الاستيفاء على سبيل الانفراد والاستقلال لما به من استيفاء حق الصغير على ما بَيَّنَّا[(٢)].

❁ ودليلهم: أن الكبير مستوفي حق نفسه، فوجب أن يجوز كحالة الانفراد[(٣)].

بيان أنه ذلك لأن القصاص إذا ثبت بين جماعة، يثبت لكل واحد منهم الحق على الكمال؛ وبيان أنه ثبت على الكمال النظر إلى نفس الحق، وإلى سبب الحق؛ أما سببه: كالقرابة، وهي كاملة في حق كل واحد منهما، وإذا كان السبب كاملًا فالحق الذي ينبني عليه يكون كاملًا.

وأما النظر إلى نفس الحق: فلأن الحق هو القتل، والقتل لايتجزأ، فإذا ثبت ثبت على الكمال، ولأن القتل ليس إلا إنشاء فعل في هذا المحل، وهذا الفعل لا يقبل التجزيء، فلا بد وأن يثبت لكل واحد على الكمال، فإذا أقدم على الاستيفاء يكون مستوفيًا حق نفسه، إلا أنه سقط حق الباقين ضرورة فوات المحل كولاية النكاح سواء[(٤)].

---

(١) في المخطوط: [للمؤثر].

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٤٥٣)، والمبسوط (٢٦/١٧٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٤٢).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

الجواب:

قولهم: مستوفي حق نفسه.

قلنا: مع حق غيره، أم حق نفسه وحده؟! إن قلتم: وحده، فلا نُسَلِّم، وإن قلتم: مع حق غيره، فلم قلتم يجوز؟! لأنه دار بين أن يجوز وبين أن لا يجوز.

قولهم: بأن الحق ثابت له على الكمال.

قلنا: هذا محال؛ لأن هذا حق واحد، فكيف يثبت على الكمال.

قولهم: بأن السبب كامل.

قلنا: لا نُسَلِّم مع الاشتراك، بلى إذا كان منفردًا جاز أن يكون كاملًا.

قولهم: بأن الحق [١٩٣/ب] لا يتجزأ.

قلنا: كما لا يتجزأ لا يتعدد، فلا يجوز المصير إلى الثبوت على الكمال، بل السبيل أن يقال: حق الواحد ثبت للجماعة، فيضاف الكل إلى الكل من غير تعرض للتجزيء، والكمال كالرهن عندكم، إذا صدر عن جماعة[١]، وكالعتق إذا صدر عن جماعة[٢]، يضاف إلى الكل من غير توزيع، كذلك ها هنا، أو يحصل الأشخاص كشخص واحد حتى يثبت لهم هذا الحق.

ثم وإن سلمنا بأنه يثبت لكل واحد منهما على الكمال، لكن تمكن

---

(١) ينظر: المبسوط (٢١/١٦٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٩٥).

شبهة عدمية الحق عند الانفراد بالاستيفاء؛ لأن الذي يثبت للكبير على الكمال هو بعينه ثابت للصغير على الكمال، فثبوته له يطلق له الاستيفاء ضرورة، فثبوته بغيره على الكمال منع الاستيفاء، فلا يمكن الانفراد بالاستيفاء لهذا المعنى، وهذا لأن المزاحمة تأثيرها في التنقيص، فإن لم تؤثر لا أقل من أن توجب شبهة العدمية، فلا تجوز الانفرادية، والله أعلم.



|٢٥٠| مسألة:

إذا قطع يميني رجلين ينظر؛ إن قطعهما على الترتيب قطعت يمينه بالأول ورجع إلى دية الأخرى، وإن قطعهما دفعة يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة يقطع له ورجع إلى الدية في حق الآخر[١]، وعندهم يقطع لهما وتؤخذ الدية لهما من غير فرق بين وقوع القطع مرتبًا أو معًا[٢].

ومدارها: على أن الترجيح وجد في حق الأول عندنا[٣]، وعندهم لم يوجد[٤].

❊ دليلنا: أن نقول: من مذهبهم أنهما إذا أقدما على الاستيفاء فكل واحد منهما استوفى بعض حقه[٥]، واستيفاء بعض الحق لا يتصور؛ لأن

(١) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٤٦)، والحاوي الكبير (١٢/١١٩)، والتنبية (ص: ٢١٨)، والمهذب (٣/١٨٨)، وبحر المذهب (١٢/١٠٨)، والتهذيب (٧/٢٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/١٤٠، وبدائع الصنائع (٧/٢٩٩).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١١٩)، والمهذب (٣/١٨٨)، وبحر المذهب (١٢/١٠٩)،

(٤) ينظر: المبسوط (٢٦/١٤٠)، وبدائع الصنائع (٧/٢٩٩).

(٥) ينظر: المراجع السابقة.

الاستيفاء ينبني على الاستحقاق، واستحقاق بعض اليد لا يتصور، كذلك الاستيفاء[1].

ولأن القاضي كيف يقضي له؛ بكل اليد، أم بالبعض؟! إن قلتم: يقضي بالكل، فهو محال؛ لأن اليد متحدة، فكيف يستوفي كل واحدة منهما الكل؟! وإن قلتم: بالبعض، فمحال أيضًا؛ لأن استحقاق البعض لا يتصور على ما بَيَّنَّا.

كذلك استيفاء البعض لا يتصور؛ ولأنه لو كان كذلك وجب أن يسقط الكل، فإذا بطل ما قلتم، تعين ما قلنا، وهو أنه لا بد من ترجيح أحدهما على الثاني، بدليل ترجيح حالة التعاقب توجب دليل الترجيح[2]، وهو تقديم سببه، وحالة الاجتماع وجد دليل الترجيح، وهو القرعة[3].

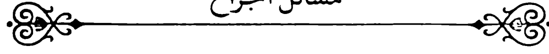
❖ ودليلهم: أنهما لا يستويان في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق[4].

بيانه أنه إذا قطع يمين [١٩٤/أ] رجل، فكذلك القطع ينعقد سبب الاستحقاق، فالثاني كالأول في سببية الاستحقاق، يدل عليه وهو أن محل الحق هو اليد، واليد بالقطع الأول تصير مستحقة للأول، حتى يمنع استحقاق الثاني.

لأنه إذا قطع يد إنسان فالمستحق للمقطوع به إنشاء فعل في المحل،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١١٩/١٢)، والمهذب (١٨٨/٣)، وبحر المذهب (١٠٩/١٢).
(٢) ينظر: كشف الأسرار (١١٥/٢).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١١٩/١٢)، والمهذب (١٨٨/٣)، وبحر المذهب (١٠٩/١٢).
(٤) ينظر: الأصل (٥٢٤/١٠)، شرح مختصر الطحاوي (٣٧٩/٥)، والمبسوط (١٤٠/٢٦)، ومختصر القدوري (ص: ١٨٦)، وبدائع الصنائع (٢٩٩/٧).



فقبل الإنشاء المحل فارغ، فالقطع الثاني إذا وجد وجد محلًا فارغًا كالأول فيعمل، فدل أنهما يستويان في سبب الاستحقاق إذا استويا في الاستحقاق، فبعده يتفقان على الاستيفاء، فإذا استويا فقد استوفى كل واحد بعض حقه لما بَيَّنَّا أن اليد قابلة للتجزئ، فبالنصف الثاني يرجع إلى المال؛ لأنه لا يتأدى بنصف حق كل واحد منهما حق صاحبه[1].

الجواب:

قولهم: استويا في سبب الاستحقاق.

قلنا: لا نُسَلِّم؛ بدليل أنه إذا قطع يد الأول بيده صارت مستحقة للأول، بدليل أنه يمكن من قطعه، والثاني إذا وجد ما وجد محل الاستحقاق، فلا ينعقد سببًا، فلا يستويان من هذا الوجه.

ثم وإن قلنا: أيهما استويا، لكن دليل الترجيح وجد، أما حالة التعاقب فظاهر، وهو تقديم سببه؛ لأن تقديم السبب يقتضي منع حق الثاني، فإن لم يؤثر، فلا أقل من أن يوجب الترجيح، أما إذا [وقعا معًا][2] فالقرعة دليل الترجيح؛ لأن الحق ثبت لأحدهما، لا على سبيل التعيين؛ لأن اليد متحدة، فلا يتصور أن يستحق كل واحد منهما الكل، ولا يتصور أن يستحق كل واحد منهما البعض؛ لأن استحقاق البعض فيستحق واحد منهما الكل لا سبيل إليه، واستعملنا القرعة للتعيين والتمييز، وأبدًا القرعة تستعمل لذلك[3]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: الأصل (١٠/٥٢٤)، شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٧٩)، والمبسوط (٢٦/١٤٠)، ومختصر القدوري (ص: ١٨٦)، وبدائع الصنائع (٧/٢٩٩).

(٢) في المخطوط: [وقعا معًا معًا].

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٠)، وبحر المذهب (١٢/١٠٩).

|٢٥١| مسألة:

شريك الأب يستحق القصاص عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن فعل الأب موجب عندنا[٣]، وعندهم ليس بموجب[٤].

❊ **دليلنا**: أن سبب وجوب القود قد وجد، فوجب أن يجب، كما لو كان الأجنبي منفردًا[٥].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن السبب قتل عمد تمحض عدوانًا، وقد وجد الكل ها هنا، فوجب أن يجب؛ لأن تمام السبب ليس إلا هذا القدر، وابنًا وإذا كان منفردا يجب لهذا القدر، وكذلك إذا كان الشريك أجنبيًا يجب بهذا القدر.

كذلك إذا كان الشريك أبًا، ولأن الشريك إذا كان أجنبيًا إنما يجب القصاص لا بفعل [١٩٤/ب] شريكه، كذا الشريك إذا كان أبا وجب أن يكون كذلك؛ ولأن الشريك إذا كان أجنبيًا إنما يجب لأنه قتل شخصًا بعينه بإعانة صاحبه، وإعانة صاحبه عمد محض، وهذا المعنى موجود فيما إذا كان

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٨)، والمهذب (٣/١٧٤)، ونهاية المطلب (١٦/٧٧)، وبحر المذهب (١٢/١١٧)، والوسيط (٦/٢٧٩)، والتهذيب (٧/٤٦)، والبيان (١١/٣٢٨).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/٩٤)، وتحفة الفقهاء (٣/١٠٠)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٩)، والمهذب (٣/١٧٤)، وبحر المذهب (١٢/١١٨)، والبيان (١١/٣٢٨).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٦/٩٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٥).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٩)، والمهذب (٣/١٧٤)، وبحر المذهب (١٢/١١٨)، والبيان (١١/٣٢٨).

الشريك أبا ؛ لأنه قتل شخصًا على سبيل العمدية والعدوانية بإعانة الأب ، وإعانة الأب عمد وعدوان كفعله ، وجب أن يجب ، وخرج عن هذا شريك الخاطئ ؛ لأن إعانة الخاطئ ليس بعمد فلا تكون موجبًا للقود(١) .

❦ ودليلهم: أن الشركة إذا تحققت في الفعل ، وأوجب انتفاء حقيقة الوجوب في أحد الجانبين ، فيوجب انتفاء شبهة الوجوب في الجانب الثاني كشريك الخاطئ(٢) .

والدليل على فعل الأب ليس بموجب الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فهو أن الأبوة معنى لو طرأت على الوجوب رفع الوجوب ، فإذا قارنه منع الوجوب ، حتى أنه لو قتل خال ولده وماتت المرأة انتقل إلى الأب فيسقط(٣) .

وأما الحقيقة: فهي أن قولنا: القصاص واحد ، معناه أنه يجب عليه أن يمكن نفسه من استيفاء القصاص ، وإنما يجب التمكين في موضع يتصور الاستيفاء ، والاستيفاء ها هنا لا يتصور ، فلا يجب التمكين ، ولأن الوجوب شيء حكمي إنما يعرف بالأثر [بأثره](٤) ؛ إما الاستيفاء ، وإما العفو ، وإما الاعتياض ، ولم يوجد ها هنا شيء دل أنه ليس بواجب .

إذا ثبت أن فعل الأب ليس بموجب القصاص ، والفعل في المحل

---

(١) ينظر: المراجع السابقة .

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/٩٥) ، وبدائع الصنائع (٧/٢٣٥) .

(٣) ينظر: المراجع السابقة .

(٤) هكذا كتبت في الأصل .

واحد، بالنسبة إلى الأب ليس بموجب، وبالنسبة إلى الأجنبي موجب، فدار بين أن يكون موجبًا، وبين أن لا يكون موجبًا، فلم يكون موجبًا لشريك الخاطئ[1].

الجواب:

قلنا: حاصل كلامكم يؤول إلى أن فعل الأب ليس بموجب، ونحن لا نُسَلِّم ذلك.

قولهم: بأن السبب لم يوجد، والمحل لم يوجد،

قلنا: لا نُسَلِّم، بل السبب موجود، وكذا المحل؛ لأنا أجمعنا على أن فعل الأجنبي موجب[2]، وهو سبب، وإنما يكون سببًا للعمدية والعدوانية.

وهذا المعنى موجود في حق الأب وزيادة؛ لأن العدوانية ها هنا أكثر، والأجنبي إنما كان محلًا لكون القصاص جزاء جنايته، ولذلك يحل بجزاء جنايته، ولهذا لو زنا بابنته يجب عليه الحد[3]؛ فدل أن السبب قد وجد، وأن المحل قد وجد، فوجب أن يجب، إلا أنه وجد الدليل المسقط فعملنا بكلا الدليلين [١٩٥/أ].

ثم نقول: فعل الأب ليس بموجب لخلل في الفعل، أم لمعنى في ذات الأب؟! إن قلتم: لخلل في الفعل، فلا نُسَلِّم على ما بَيَّنَّا، وإن قلتم: لمعنى

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: النتف (٢/٦٥٨)، والأم (٦/٤).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٣٩)، والوسيط (٦/٤٤٦).

في ذات الأب، فذاك المعنى لم يوجد في الأجنبي، فوجب أن يوجب بخلاف شريك الخاطئ؛ لأن الخلل هناك في الفعل، فلا يوجب.

وهذا الفقه وهو أن غاية ما في الباب أن فعل الأب إذا لم يكن موجبًا يتراءى أنه يورث شبهة، ولكن مثل هذه الشبهة معطلة غير معتبرة؛ بدليل الأجنبيين إذا قتلا إنسانًا يجب القصاص عليهما[1]، ومثل هذه الشبهة موجودة هناك، فإن كل واحد منهما لا يكون موجبًا في حق صاحبه، ومع ذلك لا يبطل إليه.

وكذلك يحتمل أن الروح انزهقت بفعل هذا دون ذلك، فلا ينظر إلى ذلك، ويجب القصاص، فلا بد من بيان الطريق الذي ورد الشرع بوجوب القصاص، فنقول: ذلك الطريق ليس بشيء، إلا أن الشرع جعل كل واحد منهما كالمنفرد بهذين الفعلين؛ كأنه ليس معه غيره، وهذا المعنى أمكن تقديره في مسألتنا، فقدرنا كأن للشريك منفرد بالفعلين، وإذا قدرنا هذا التقدير يمكن القول بإيجاب القصاص؛ لأن كلا الفعلين عمد وعدوان، وخرج عن هذا شريك الخاطئ لأنه لا يمكن[2]، والله أعلم.

|٢٥٢| مسألة:

سراية القود غير مضمونة عندنا[3]، وعندهم مضمونة[4].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٢٣٥)، الحاوي الكبير (١٢/١٢٨).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٨)، وبحر المذهب (١٢/١١٨).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٥)، وبحر المذهب (١٢/١١٥)، والتهذيب (٧/٥١).
(٤) وهذا رأي أبي حنيفة وأما صاحبيه فيرون مايرى الشافعية من أن سراية القود غير مضمونة ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٤٥٧)، والمبسوط (٢٦/١٤٧)، وبدائع الصنائع (٧/٢٤٦).




ومدار المسألة تحقيقًا: على أنه لا يمكن تقدير التعدي فيه عندنا[1]، وعندهم يمكن[2].

❊ دليلنا: أنه سراية قطع بحق، فلا يكون مضمونًا عليه، كالإمام إذا قطع يد السارق وسرى[3].

وإنما قلنا سراية قطع بحق؛ لأن القطع مستحق، وقد اتصل به قضاء القاضي وفتوى المفتي، وقد أتى بما شهد له القضاء والفتوى، ولم يجاوز الحد المحدود له، فلا يكون مضمونًا عليه؛ لأن الضمان تبعة تستدعي سابقة جناية.

يدل عليه أن الشرع مكنه من القطع مطلقًا من غير شريطة؛ لأن الشرط لا يدخل في وسعه، إذا كان ممكنا من القطع مطلقًا، فهذا دليل على إهدار السراية؛ لأن السراية إذا لم تكن مهدرة، فتمكنت فيه شبهة الجناية؛ لأن الفعل متردد بين أن يسري، وبين أن لا يسري.

إن سرى يكون جناية، وإن لم يسر لا يكون جناية، ففي الحال أخذ شبهة الجناية؛ لأنه متردد، والشرع لا يمكن من شبهة الجناية، كما لا يمكن من حقيقة الجناية، ولما أمكنه [١٩٥/ب] هاهنا دل أنه حكم بإهدار السراية، فهو كالإمام سواء[4].

❊ ودليلهم: قتل بغير حق، فوجب أن يكون مضمونًا، كما لو قطع يده

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٥)، وبحر المذهب (١٢/١١٥).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٤٥٨).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٢٥)، وبحر المذهب (١٢/١١٥).
(٤) ينظر: المراجع السابقة.




ابتداءً ظلمًا(١).

وبيان أنه قتل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح(٢)، وقد وجد لأن الفعل إن امتد وتطاول لكن من الابتداء إلى الانتهاء فعل واحد؛ لأن حد القتل يشتمل على الكل، ولأن الفعل إنما يعرف بأثره، وأثره يظهر في الروح، فدل أنه قتل.

وأما الحكم: أنه إذا وقع القطع على جهة التعدي يكون قتلًا حتى يجب القصاص لولا أنه قتل من الابتداء، وإلا لما وجب القصاص، لأنه إذا لم يكن قتلًا من الابتداء يكون تسببيًا وذلك لا يوجب القصاص.

إذا ثبت أن هذا قتل، فإنه يجب عليه الضمان؛ لأن المستحق له القطع، فلا يكون مستوفيًا حق نفسه، فيجب عليه الضمان، وهكذا نقول في الإمام، والذي أتى به قتل، إلا أنه لا يجب الضمان لمعنى معلوم، بخلاف مسألتنا(٣).

الجواب:

قولهم: قتل بغير حق.

قلنا: لا نُسَلِّم بأنه قتل، بل الموجود منه القطع.

قولهم: بأن حد القتل جرح يعقبه زهوق الروح.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٥/٤٥٨).

(٢) ينظر: المصباح المنير (٢/٤٩٠).

(٣) ينظر: المرجع السابق.



قلنا: لا نُسَلِّم، بل حده فعل مفوت الحياة بنفسه، وهذا الفعل لا يكون مفوتًا للحياة بنفسه، وإنما هو مفوت لليد بنفسه، إلا أنه يجوز أن يسري، فإذا سرى يكون تسبيبًا، والتسبيب إنما يوجب القصاص إذا كان متعديًا، أما إذا كان محقًا فلا، كالإمام، وها هنا محقق في التسبيب، فلا يوجب الضمان.

قولهم: بأن الفعل يعرف بأثره.

قلنا: أثره إنما يظهر في اليد، إلا أنه ربما يسري إلى النفس بطريق التسبيب، والتسبيب إنما يوجب الضمان إذا كان متعديًا على ما بَيَّنَّا، أما قطع بطريق التعدي هناك أيضًا صار قتلًا بطريق التسبيب، إلا أنه متعدٍ في التسبيب، فجعل في الشرع كالمداوم على هذا الفعل إلى أن يصير قتلًا حتى يجب الضمان، بخلاف مسألتنا.

ثم نقول: مسلم بأنه قتل من الابتداء، إلا أنه قد قام الدليل من الشرع على إهدار السراية، على ما بَيَّنَّا من أن الشرع لما مكنه من القطع مطلقًا، فقد حكم بإهدار السراية، فلا يمكن القول بإيجاب الضمان كالإمام سواء، والله أعلم.



|٢٥٣| مسألة:

المماثلة معتبرة في جهة الاستيفاء عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

(١) ينظر: الأم (٦/٦٦)، ومختصر المزني (٨/٣٤٧)، واللباب (ص: ٣٥٧)، والحاوي الكبير (١٢/١٣٩)، والمهذب (٣/١٩٤).

(٢) ينظر: الأصل (٦/٥٧٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٥/٣٨٥)، والنتف (٢/٦٦٢)، والمبسوط (٢٦/١٢٥)، مختصر القدوري (ص: ١٨٥).



ومدار المسألة تحقيقًا: على أنه يمكن اعتبار المماثلة في جهة [١٩٦/أ] الاستيفاء عندنا[١]، وعندهم لا يمكن[٢].

❊ دليلنا: أن الواجب يتسمى باسم القصاص، والقصاص ينبني على المساواة[٣].

لأن اسم القصاص ينبئ عنه، والقتل إنما يكون قصاصًا إذا وجدت المماثلة من كل وجه، أما إذا وجد من وجه دون وجه، فيكون قصاصًا من وجه دون وجه، وها هنا لو قلنا: بأنه يحز رقبته، لا يكون قصاصا من كل وجه، بل هو قصاص من وجه دون وجه، ولأن القصاص إنما شرع لمعنيين: أحدهما خاص، والثاني عام:

أما الخاص: هو التشفي للأولياء.

وأما العام: هو الزجر، وكلاهما إنما يحصل عند وجود المماثلة من كل وجه، بأن يفعل به مثل ما فعل[٤].

❦ ودليلهم: أنه تعدى عليه بجرح قاتل، فيكون قاتلًا، وإذا كان قاتلًا فيجب عليه القتل، وإذا أوجبنا القتل وجب أن يشرع في محل القتل، ومحله

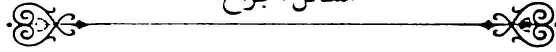
---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٤٠/١٢)، والمهذب (١٩٤/٣)، وبحر المذهب (١٢٧/١٢)، والتهذيب (٩١/٧)، والبيان (٤١٤/١١).

(٢) ينظر: المبسوط (١٢٦/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٤٥/٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٤٠/١٢)، والمهذب (١٩٤/٣)، وبحر المذهب (١٢٧/١٢)، والتهذيب (٩١/٧)، والبيان (٤١٤/١١).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.



الرقبة لا اليد[١].

لأن محل القتل ما لا ينفك حلول الفعل فيه عن تفويت الحياة، والرقبة على هذا الوجه.

أما اليد فلا؛ لأنه يتصور بقاء الحياة مع قطع اليدين ولأن اليد لو صار محلًا إنما تصير محلًا بواسطة السراية، وهذا شيء موهوم، وربما يكون وربما لا يكون، فلا يمكن إثبات المحلية بشيء موهوم، وربما يكون وربما لا يكون.

ولأن اعتبار المماثلة في الجهة ربما تفضي إلى الزيادة، فإنَّا إذا قلنا بأنه يقطع يده أولا ربما لا يسري، فيحتاج إلى حز الرقبة، فيكون هذا اعتبار المماثلة على وجه يفضي إلى إسقاط المماثلة، وهذا لا يجوز[٢].

الجواب: قولهم: بأن الموجود هو القتل.

قلنا: مسلم.

قولهم: فيشرع في حقه القتل.

قلنا: مسلم.

وقولهم: ينبغي أن يشرع في محل القتل.

قلنا: مسلم.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢٦/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٤٥/٧).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

وأما قولهم: أن اليد ليست بمحل القتل.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي محل كالرقبة؛ لأن القتل حقيقة تفويت الروح، إلا أن التفويت بنفسه لا يمكن لأنه باطن، فتفويته بالجناية على محل الروح، وجميع الأجزاء محله، كذا اليد، إلا أن البعض أصلح للمحلية، وبأن كان البعض الأصلح لا يدل على أن الكل ليس بمحل، كمحل الذبح في الحيوانات، جميع الأجزاء مذبح إلا أن البعض أصلح وهو الحلقوم.

قولهم: بأن اليد إنما تصير محلا بالسراية، وهذا موهوم.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هو حاصل قطعًا؛ لأن منع السراية بالمعالجة إنما إذا قطع وترك هكذا حتى يسيل الدم، [١٩٦/ب] فإنه يسري لا محالة، ثم نقول: مثل هذا التوهم والتردد موجود في الرقبة، فإنه يجوز أن يوجد الفعل في الرقبة ولا يزهق الروح؛ بأن لا يقع موقعه، ثم لا يخرج عن كونه محلًا، كذلك ها هنا[١]، والله أعلم.



|٢٥٤| **مسألة:**

مستحق القصاص في النفس إذا قطع الطرف وعفى عن الباقي، لا يجب عليه الضمان الطرف عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٤٠)، وبحر المذهب (١٢/١٢٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٤٤)،

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف ومحمد فإن رأيهم كرأي الشافعية في هذه المسألة، ينظر: المبسوط (٢٦/١٥٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣٠٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن عندنا ثبت له الاستحقاق في الطرف[(١)]، وعندهم لا استحقاق له في الطرف أصلًا[(٢)].

❊ دليلنا: أنه استوفى بعض حقه، فلا يكون مضمونًا عليه، كما إذا استوفى كل حقه، وهذا لأن الطرف مستحق له من حيث الإهلاك؛ لأن النفس مستحقة له من حيث الإهلاك، والنفس عبارة عن هذه الأجزاء، واليد جزء من أجزاء النفس، فتكون مستحقة له من حيث الإهلاك كالنفس سواء.

ولهذا المعنى شهود القصاص إذا شهدوا على إنسان بالنفس، ثم رجعوا بعد قطع الطرف وجب عليهم ضمان الطرف، وهم شهدوا على النفس[(٣)]، لولا أن الاستحقاق في النفس يوجب الاستحقاق في الطرف، وإلا لما وجب عليهم الضمان[(٤)].

❖ ودليلهم: أنه استوفى ما ليس بحق له، فيجب عليه الضمان[(٥)].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه استوفى القطع، والقطع ليس بحق له، لأن حقه في القتل، والقتل غير والقطع غير حقيقة وحكمًا:

أما الحقيقة: فلأن القتل إنشاء فعل في محل الحياة، بحيث لا تبقى معه

---

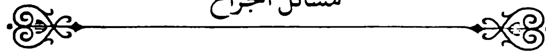
(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٤٤)،

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/١٥٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣٠٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٥٦)، والتنبية (ص: ٢٧٣)، الأصل (١٢/٥٠)، والمبسوط (٢٦/١٨١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٤٤).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٦/١٥٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣٠٤).



الحياة، والقطع إنشاء في محل بإبانة الجزء، ويتصور بقاء الحياة معه؛ ولأن القطع لا يختص بمحل الحي، والقتل يختص.

وأما حكمًا: فلأنه لو ادعى القتل واستثنى القطع، فإنه لا يجوز، فدل أن القتل غير والقطع غير، وحقه في القتل لا في القطع؛ بدليل أنه لو جاء عنده وطلب منه القطع، فالقاضي لا يمكنه منه، فدل أن القطع ليس بمستحق له.

ولأنَّا أجمعنا على أنه لو أدى بالطرف حق الغير، فإنه لا يضمن لمن له القصاص في النفس(١)(٢)، فلو كانت اليد مستحقة له وجب أن لا يضمن، فدل أن اليد ليست بمستحقة له، فصح قولنا: أنه استوفى ما ليس بحقه، وكان الفقه فيه وهو أن المستحق له إنشاء فعل مفوت للحياة، فكل فعل هو مفوت للحياة يكون حقًا له، وما لا فلا، وهذا الفعل ليس بمفوت للحياة، فلا يكون حقًا له، فيكون مضمونًا عليه(٣).

الجواب:

قولهم: استوفى ما ليس بحق له.

قلنا: لا نُسَلِّم.

---

(١) قال السرخسي: «لو كان عليه قصاص في أطرافه لإنسان، وفي نفسه لآخر، فجاء من له القصاص في النفس، فقطع طرفه، لم يضمن من عليه شيء لصاحب الطرف، ولو كان حق من له القصاص في النفس ثابتا في الطرف، لصار هو قاضيا بطرفه حقا مستحقا عليه، فيغرم الأرش لصاحب الطرف»، ينظر: المبسوط (٢٦/١٥١).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/١٥١)، والحاوي الكبير (١٢/١٤٤).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٦/١٥٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣٠٤).




قولهم: بأن القطع غير والقتل غير.

قلنا: [١٩٧/أ] مسلم، ولكن نحن لا نقول: بأن فعل القطع مستحق، لكن محل القطع مستحق له من حيث الإهلاك؛ لأن النفس مستحقة له من حيث الإهلاك، واليد جزء من الجملة.

قولهم: بأن القاضي لا يمكنه من ذلك.

قلنا: إنما لا يمكنه لأحد المعنيين؛ إما باعتبار أن المماثلة معتبرة في جهة الاستيفاء، أو باعتبار أن ثبوت الاستحقاق في الطرف إنما يكون بطريق التبعية، فإذا أراد القطع ابتداء يؤدي إلى جعل التبع متبوعًا، وهذا لا يجوز، لكن هذا مخالفة في الطريق، والمخالفة في الطريق لا توجب الضمان، كمن له القصاص في النفس، فحقه في حز الرقبة، فقطعه إربًا إربًا[1] لا يجوز، لكن مع هذا لا يجب الضمان؛ لأنه مخالفة الطريق، كذلك ها هنا، والله أعلم.



|٢٥٥| مسألة:

من وجب عليه القصاص في النفس إذا التجأ إلى الحرم يستوفى منه في الحرم عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الحرم لا يصلح أن يكون مانعًا في حق

---

(١) إربا إربا: أي عضوا عضوا. ينظر: تهذيب اللغة (١٥/١٨٤)، ولسان العرب (١/٢٠٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٢٠)، والمهذب (٣/١٩٧)، وبحر المذهب (١٢/٢٠١)، والبيان (١١/٤٢٨).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٥١٨)، والنتف (١/٢٢٣)، والمبسوط (١٠/٩٥)، وبدائع الصنائع (٧/١١٤).

القاتل عندنا[١]، وعندهم يصلح[٢].

❊ دليلنا: أن المطلق للاستيفاء قد وجد، والمانع قد فقد، فوجب أن يطلق له الاستيفاء[٣].

بيان أن المطلق قد وجد؛ لأن المطلق هو وجوب الحق بسببه، وهذا الحق قد وجد بسببه، والمانع قد فقد؛ لأنه لو كان ها هنا مانعًا فذاك ليس إلا الحرم، والحرم لا يصلح أن يكون مانعًا بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن القصاص حكم شرعي ثبت شرعًا[٤]، والحرم لا يصلح أن يكون مانعًا من الحقوق الشرعية؛ ولأن الحرم لو كان مانعًا إنما يكون مانعًا باعتبار شرفه، فإنما يمنع من استيفاء حق يخل بشرفه، واستيفاء القصاص لا يخل بشرفه؛ لأن القصاص ثبت بأمر الله تعالى، وشرف الحرمة ثبت بأمر الله تعالى، فاستيفاء القصاص موافقة أمر الله تعالى، وموافقة أمر الله تعالى لا تخل بشرف ثبت بأمر الله تعالى، فدل أن المانع لم يوجد، ولأن الحق ثابت فلا يجوز منعه من الاستيفاء، لا إلى غاية، وهذا يتأخر لا إلى غاية، فيكون أخا للإبطال، ثم الإبطال لا يجوز، كذا ها هنا.

وأما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أن القصاص لو كان في الطرف فإن

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٢١)، والمهذب (٣/١٩٧)، وبحر المذهب (١٢/٢٠١)، والبيان (١١/٤٢٨).

(٢) ينظر: المبسوط (١٠/٩٥)، وبدائع الصنائع (٧/١١٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٢١)، والمهذب (٣/١٩٧)، وبحر المذهب (١٢/٢٠١)، والبيان (١١/٤٢٨).

(٤) ومما يدل عليه قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].



الحرم لايصير مانعًا من الاستيفاء[١] ، ولو منع في النفس لمنع في الطرف؛ ولأن القطع فتح باب الروح فوجب أن يمنع من الطرف ؛ لأن كل شيء أثر في النفس أثر في الطرف بحق الإسلام والردة والأنوثة ، كذا الحرم وجب أن يكون كذلك [١٩٧/ب] ، فوجب أن يؤثر في الطرف ، لأنه خائف على الطرف.

فالشرع نزل الخوف في باب الطرف كالنفس ؛ ألا ترى أنه لو أكره على قطع الطرف يكون مكرها ؟! كما لو أكره بقتل النفس ، فدل أنهما يستويان[٢].

❖ ودليلهم: أن الشرع جعل الحرم مأمنًا للخائفين ، وهذا الرجل خائف ، فيكون الحرم مأمنًا في حقه ؛ دليله: الصيد[٣].

وبيان أنه مأمن النص والحقيقة والحكم:

أما النص: قول الله تبارك وتعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾[٤].

وأما الحقيقة: فهي أن الحرم بقعة شريفة مختصة من بين سائر البقاع بزيادة شرف لكونه مضافًا إلى الله تعالى ، يقال: حرم الله ، كما يقال: ناقة الله ، ورسول الله ، ثم الرسول مختص بزيادة شرف لكونه مضافًا إلى الله تعالى ، كذلك ها هنا.

واللائق بالشرف استحقاق الأمن عند الالتجاء إليه ، كدار السلطان.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٢١).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٢١)، والمهذب (٣/١٩٧)، وبحر المذهب (١٢/٢٠١)، والبيان (١١/٤٢٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١١٤).

(٤) سورة العنكبوت: آية ٦٧.




وأما الحكم: أجمعنا على أنه حرم في حق الصيد[١]، كذلك في حق القاتل؛ لأن بالجناية سقطت عصمته، فالتحق بالصيد والحرم مأمن في حق الصيد، كذلك ها هنا[٢].

الجواب:

قولهم: بأن الحرم مأمن للخائفين.

قلنا: أي شيء عنيتم بهذا الأمن؟! إن عنيتم به الأمن المحسوس الذي كان عادة العرب، فمسلم، وإن عنيتم الأمن الشرعي، فلا نُسَلِّم، وهذا هو الجواب عن التعلق بالآية؛ لأن الله تعالى أخبر عن عادتهم، لأنهم كانوا يتخطفون حول البيت، ولا يتعرضون لأهل الحرم[٣]، ويقولون: هؤلاء أهل الله.

قولهم: أن الحرم بقعة شريفة.

قلنا: بلى، لكنا قد بَيَّنَّا أن استيفاء القصاص لا يخل بالشرف، أما الصيد، قلنا: ذاك ليس بأمن؛ لأن الأمن إنما يتصور في حق من يعقل الأمن، والصيد لا يعقل الأمن؛ لأنه أبدًا على التوحش الأصلي، والخوف الطبيعي، فدل أنه ليس بأمن، بل ذلك نوع ابتلاء ورد من الشرع، فلا يجوز إلحاق غيره به[٤]، والله أعلم.

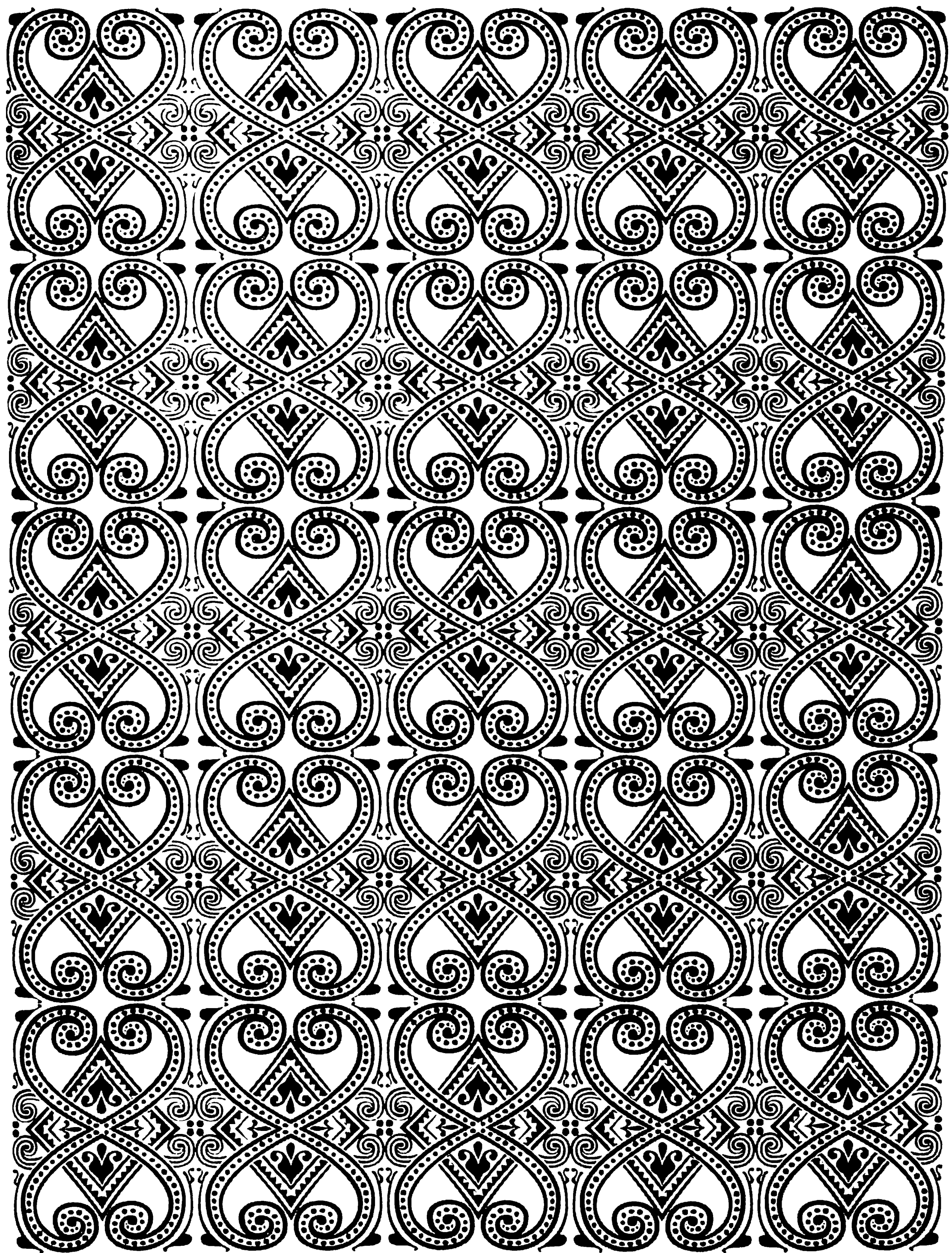
---

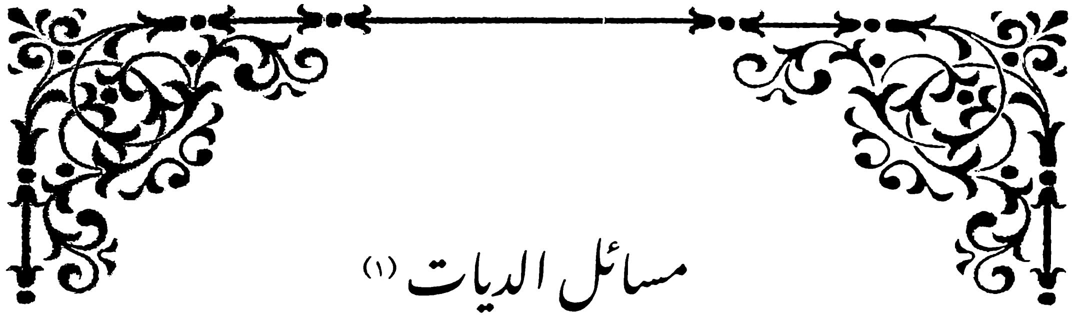
(١) ينظر: النتف (١/٢٢١)، ومختصر المزني (٨/١٦٨).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/١١٤).

(٣) ومما يدل عليه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾ [سورة العنكبوت: ٦٧].

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٢٢١)، وبحر المذهب (١٢/٢٠٢).





مسائل الديات (١)

❀|٢٥٦| مسألة:

دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم، ودية المجوسي بمائة درهم عندنا(٢)، وعندهم ديتهم مثل دية المسلم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الكفر يخل بكمال النفسية عندنا(٤)، وعندهم لا يخل(٥).

❊ دليلنا: أن القياس يقتضي أن الدية لا تجب في مقابلة الآدمي(٦).

---

(١) الدية لغة: من ودى القاتل القتيل يديه دية؛ إذا أعطى وليه المال، الذي هو بدل النفس، وفاؤها محذوفة والهاء عوض، والأصل ودية، مثل وعدة. ينظر: لسان العرب (١٥/٣٨٣)، والمصباح المنير (٢/٦٥٤). والدية في الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: عبارة عما يؤدى في بدل الإنسان دون غيره، وعرفها الشافعية بأنها: المال الواجب بالجناية على الحر في نفس أو فيما دونها، ينظر: الجوهرة النيرة (٢/١٢٨)، ودرر الحكام (٢/١٠٢)، والبحر الرائق (٨/٣٧٢)، ونهاية المحتاج (٧/٣١٥)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٥/٥٨).

(٢) ينظر: الأم (٦/١١٣)، ومختصر المزني (٨/٣٥٣)، والإقناع (ص: ١٦٤)، والحاوي الكبير (١٢/٣٠٨)، التنبية (ص: ٢٢٣).

(٣) ينظر: الحجة (٤/٣٢٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٦/٧)، والمبسوط (٢٦/٨٤)، وتحفة الفقهاء (٣/١٠٦)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥٤).

(٤) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٥٣)، والحاوي الكبير (١٢/٣١٠)، وبحر المذهب (١٢/٢٨٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٧)، والمبسوط (٢٦/٨٥)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥٤).

(٦) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٥٣)، والحاوي الكبير (١٢/٣١٠)، وبحر المذهب (١٢/٢٨٤).




لأنه لا مماثلة بين الضمان والمضمون، غير أن الشرع حكم بإيجاب الضمان نصًا بخلاف القياس، ولو قدرنا [١٩٨/أ] معنىً يقتضيه، فليس ذلك المعنى إلا شرف المحل وحرمته، كيلا يؤدي إلى إهدار الدم ولا [...][1] يخل بشرف المحل [...][2] فيخل بما يجب لشرف المحل.

لأنا لو قلنا: بأنه يجب كمال الدية ها هنا، يؤدي إلى أن يجب في مقابلة محل ينتقص بنقصان الكفر ما يجب في مقابلة محل يتشرف بشرف الإسلام، وهذا لا يجوز، فصار هذا كالذكر مع الأنثى والعبد مع الحر، فإن الأنوثة لما كانت مخله بالمالكية لا جرم تخل بالدية، كذلك ها هنا؛ وبالأولى لأن المالكية تبع للدين، والدين أصل، ثم الخلل الناشئ عن التبع لما كان يخل بكمال الدية، فالخلل الناشئ عن الأصل لأن يخل أولى[3].

❖ **دليلهم**: أنه حر ذكر، فوجب أن يجب كمال الدية بقتله كالمسلم[4].

وهذا لأن كمال الدية بكمال النفسية، وكمال النفسية بكمال المالكية، وكمال المالكية بالحرية والذكورة؛ لأن الحرية تؤذن بمالكية المال، والذكورة تؤذن بمالكية النكاح، فإذا وجد كلاهما كملت المالكية، وإذا كملت المالكية كملت النفسية، فكملت الدية ضرورة.

وإنما اعتبرنا المالكية دون سائر المعاني؛ لأن الضمان حق آدمي، فيعتبر

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط فيه كلمة غير مقروءة.

(٢) في هذا الموضع أيضا في المخطوط فيه كلمة غير مقروءة.

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٧)، والمبسوط (٨٥/٢٦)، وبدائع الصنائع (٢٥٤/٧).




في إيجابه ما هو حق الآدمي، والمالكية حق الآدمي، فاعتبرناها لهذا المعنى[١].

الجواب:

قولهم: حر ذكر.

قلنا: مُسَلَّم، ولكن لم يجب كمال الدية بقتله.

قولهم: لأن كمال الدية بكمال النفسية.

قلنا: مسلم، ولكن لا نُسَلِّم بأن كمال النفسية بكمال المالكية، بل بكمال المالكية والدين جميعًا لما بَيَّنَّا أن الدين أصل والمالكية تبع، فلما اعتبرنا المالكية [فلا يعتبر الدين أولى][٢] وكان الفقه ما بَيَّنَّا من أن الدية إنما تجب لشرف المحل، وكمال الشرف بالدين، فلا بد من اعتباره لكمال الدية، ولم يوجد، فلا يمكن القول بوجوبه[٣]، والله أعلم.



|٢٥٧| مسألة:

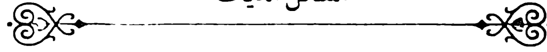
حلق الشعور الخمسة على وجه يفسد المنبت لا يوجب كمال الدية، وإنما تجب الحكومة[٤] ....

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) وردت في هذا الموضع في المخطوط «فلا يعتبر الدين أولى»، كما هو مثبت في المتن، والسياق يرجح الضد، فالصحيح أن يقال «فاعتبار الدين أولى»، والله أعلم.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٣١٠)، وبحر المذهب (١٢/٢٨٥).

(٤) الحكومة: أن يجرح الإنسان في موضع في بدنه يبقي شينه، ولا يبطل العضو، فيقتاس الحاكم أرشه، بأن يقول: هذا المجروح لو كان عبدا غير مشين، هذا الشين بهذه الجراحة كانت قيمته ألف درهم، وهو مع هذا الشين قيمته تسعمائة درهم، فقد نقصه الشين عشر=



عندنا[(١)]، خلافًا لهم[(٢)].

والشعور الخمسة: شعر الحاجبين، وأهداب العينين، واللحية، وشعر الرأس، والشاربان[(٣)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن إتلاف الجمال غير نازل منزلة إتلاف المنافع عندنا[(٤)]، وعندهم نازل منزله[(٥)].

❊ **دليلنا:** أن الفائت مجرد الجمال، فلا يوجب كمال الدية؛ كما إذا فقأ[(٦)] عينين قائمتين[(٧)].

وقولنا: الفائت مجرد الجمال، لا إشكال فيه.

وإنما قلنا: لا يجب كمال الدية؛ لأن القياس [١٩٨/ب] يقتضي أن لا يجب كمال الدية بقطع اليدين أيضًا؛ لأن كمال الدية بدل الجملة، واليد جزء

= قيمته، فيجب على الجارح عشر ديته في الحر؛ لأن المجروح حر. ينظر: تهذيب اللغة (٤/٧٠)، ولسان العرب (١٢/١٤٥).

(١) ينظر: الأم (٦/٨٨)، ومختصر المزني (٨/٣٤٨)، والحاوي الكبير (١٢/١٧٣)، وبحر المذهب (١٢/١٥٨)، والتهذيب (٧/١٦٧)، والبيان (١١/٥٦١).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٨٧)، والمبسوط (٢٦/٧١)، وتحفة الفقهاء (٣/١٠٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣١٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣١٢)، الحاوي الكبير (١٢/١٧٤).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧٤)، وبحر المذهب (١٢/١٥٨).

(٥) ينظر: المبسوط (٢٦/٧٢)، وبدائع الصنائع (٧/٣١٢).

(٦) فقأ: الفاء والقاف والهمزة يدل على فتح الشيء، وتفتحه. يقال: تفقأت السحابة عن مائها، إذا أرسلته، كأنها تفتحت عنه. ينظر: مقاييس اللغة (٤/٤٤٢)، ولسان العرب (١/١٢٣).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧٤)، وبحر المذهب (١٢/١٥٨).




من الجملة، غير أن الشرع أوجب الدية في مقابلة تفويت المنفعة، لأن تفويت منفعة الجنس ملحق بتفويت منفعة الكل، والجمال لا يمكن إلحاقه بالمنفعة؛ لأنه كالبائع، لأن بقاء الآدمي بالمنفعة لا بالجمال.

ولهذا المعنى، لو خير العاقل بين الجمال والمنفعة، فإنه يختار المنفعة، فدل أنه كالتابع، فلا يمكن إلحاقه به، فلا تجب الدية في مقابلته[1].

❁ ودليلهم: أنه فوت الجمال على الكمال، فوجب أن يجب كمال الدية، كما لو قطع الأذنين الشاخصتين[2].

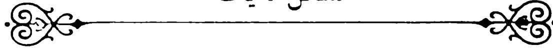
وبيان أنه فوت الجمال على الكمال أن في هذه الشعور جمالًا، ولا إشكال فيه؛ وبيان أن تفويت الجمال موجب الدية هو أن الجمال مقصود كالمنفعة، بدليل النص والمعنى، أما النص فقول الله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[3]، نص على الجمال والزينة كما نص على المنفعة.

وأما المعنى: فلأن الناس يطلبون الجمال كما يطلبون المنفعة، بل ذوي الهمم العالية يبدلون المنافع لطلب الجاه والجمال، فدل أن الكل مقصود، ثم تفويت المنفعة يوجب كمال الدية، حتى إذا فوت يدي إنسان وجبت الدية، كذلك تفويت الجمال وجب أن يوجب كمال الدية؛ وهذا لأن تفويت المنفعة إنما يوجب كمال الدية لرفع الضرر.

والضرر في تفويت الجمال أكثر؛ لأن غيره يقوم مقامه في المنافع، أما

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧٤)، وبحر المذهب (١٢/١٥٨).
(٢) ينظر: المبسوط (٢٦/٧١)، وبدائع الصنائع (٧/٣١٢).
(٣) سورة النحل: آية ٨.



في الجمال فلا يتصور، ثم هناك يوجب الدية، كذلك ها هنا وبالأولى[1].

الجواب:

قولهم: بأنه فوت الجمال على الكمال.

قلنا: مسلم، ولكن تجب الدية.

قولهم: لأن الجمال مقصود.

قلنا: مقصود تبعًا أم أصلًا؟! إن قلتم: أصلًا، فممنوع، وإن قلتم: تبعًا، فمسلم، والمقصود تبعًا، لم قلتم بأنه يوجب كمال الدية بخلاف المنفعة؟! فإنها مقصود أصلًا؛ لأنه تعلق بها البقاء بخلاف الجمال.

وكان الفقه فيه وهو أن المنفعة لما تعلق بها البقاء فإتلافه يوجب إهلاك الشخص، إما حقيقة أو حكمًا، فجاز أن يوجب كمال الدية بخلاف الجمال؛ لأنه لا يتعلق به البقاء فلإتلافه لا يوجب إهلاك الجملة لا حقيقة ولا حكمًا، فلا يوجد [١٩٩/أ] الدية، وأما قطع الأذنين الشاخصتين إنما يوجب الدية؛ لأن فيه تفويت المنافع، بخلاف مسألتنا[2]، والله أعلم.



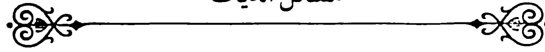
|٢٥٨| مسألة:

إذا ضرب بطن أمة فألقت جنينًا ميتًا يجب عشر قيمة الأم عندنا[3]،

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧٤)، وبحر المذهب (١٢/١٥٨).

(٣) ينظر: الأم (٨/٢٢)، ومختصر المزني (٨/٣٥٧)، واللباب (ص: ٣٦٥)، والإقناع (ص:١٦٦)، والحاوي الكبير (١٢/٤٠٦).



وعندهم يعتبر بنفسه ويختلف بالذكورة والأنوثة؛ إن كان ذكرًا يجب نصف عشر قيمته، وإن كانت أنثى يجب عشر قيمته[(١)].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الجنين جزء من الأم عندنا[(٢)]، وعندهم أصل بنفسه[(٣)].

❊ دليلنا: أنَّا أجمعنا على أن الواجب بعض القيمة[(٤)]، ولو كان منفردًا ومعتبرًا بنفسه وجب أن يجب كمال القيمة، كما بعد الانفصال[(٥)].

وهذا لأنَّا ما رأينا أن الشيء إذا كان مضمونًا بنفسه يجب بعض الضمان دون البعض؛ لأن الضمان إنما يجب إما لصيانة المحل عن الإهدار [وللجبر][(٦)]، وأيهما كان ينبغي أن يجب الكل، فلما لم يجب دل أنه لا يعتبر بنفسه[(٧)].

---

(١) ينظر: الحجة (٤/٢٨٦)، وشرح مختصر الطحاوي (٦/٢٣)، ومختصر القدوري (ص: ١٩٠)، والمبسوط (٢٦/٨٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣٢٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٤٠٧)، والوسيط (٦/٣٨٤)، وبحر المذهب (١٢/٣٧٣)، والتهذيب (٧/٢٢٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢٣)، والمبسوط (٢٦/٨٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣٢٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٦/٨٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣٢٧)، والحاوي الكبير (١٢/٤٠٧)، وبحر المذهب (١٢/٣٧٣).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٤٠٧)، والوسيط (٦/٣٨٤)، وبحر المذهب (١٢/٣٧٣)، والتهذيب (٧/٢٢٠).

(٦) وردت في هذا الموضع في المخطوط بدون ألف هكذا «وللجبر» كما هو مثبت في المتن، والسياق يرجح أن ترسم «أو للجبر»، والله أعلم.

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/٤٠٧)، والوسيط (٦/٣٨٤)، وبحر المذهب (١٢/٣٧٣)، والتهذيب (٧/٢٢٠).

❖ ودليلهم: أنه شخص على حياله، فوجب أن يعتبر بنفسه في إيجاب الضمان، دليله: ما بعد الانفصال[1].

وبيان أنه شخص على حياله الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فإنه منفرد بحياته؛ بدليل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾[2]، والمراد به نفخ الروح[3]، وبدليل أنه يتصور بقاؤه حيًا بعد هلاك الأم، فدل أنه منفرد بحياته، فيكون منفردًا بالشخصية.

وأما الحكم: فلأنه يورث ويورث عنه، فدل أنه شخص على حياله[4]، فوجب أن يعتبر بنفسه[5].

الجواب:

قولهم: بأنه شخص على حياله.

قلنا: شخص من كل وجه، أو من وجه دون وجه؟! إن قلتم: من كل وجه، فلا نُسَلِّم، وإن قلتم: من وجه دون وجه، فمسلم؛ وبيان أنه شخص من وجه وجزء من وجه، هو أنه متصل به اتصال خلقة؛ ولأنه مخلوق من مائها، والماء جزء، ولأنه يتبع الأم في البيع والشراء والعتق وغير ذلك، فدل أنه جزء معقولًا ومشروعًا.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢٣)، والمبسوط (٢٦/٨٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣٢٧).

(٢) سورة المؤمنون: آية ١٤.

(٣) ينظر: تفسير مقاتل بن سليمان (٣/١٥٣)، وتفسير الثوري (ص: ٢١٦).

(٤) ينظر: المبسوط (٣٠/٥٤)، والتهذيب (٥/٥١).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢٣)، والمبسوط (٢٦/٨٨)، وبدائع الصنائع (٧/٣٢٧).




قولهم: أنه منفرد بحياته.

قلنا: منفرد حدوثًا أم بقاءً؟! إن قلتم: حدوثًا، فمسلم، وإن قلتم: بقاءً، فلا نُسَلِّم، بل هو تبع في البقاء؛ لأنه تابع للأم فيما يرجع إلى قوام الحياة، لأن قوام الحياة إنما يكون بالغذاء، وهو تابع للأم في الغذاء.

قولهم: يبقى حياً بعد هلاك الأم.

قلنا: الغالب أن لا يبقى، ولو بقي كان ذلك ذرا[١] ولا اعتبار به[٢]، والله أعلم.



|٢٥٩| مسألة:

القتل العمد يوجب الكفارة عندنا كالخطأ[٣]، خلافًا لهم[٤].

ومدار [١٩٩/ب] المسألة تحقيقًا: على أن المغلب في الكفارة عندنا معنى العقوبة[٥]، وعندهم المغلب عليها معنى العبادة[٦].

---

(١) ذرا: أصل الذرء الإظهار ومعنى ذرا الله الخلق اظهرهم بالايجاد بعد العدم. ينظر: تهذيب اللغة (١٥/٥)، ومجمل اللغة (ص: ٣٥٧).

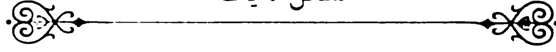
(٢) ينظر: والحاوي الكبير (١٢/٤٠٨)، وبحر المذهب (١٢/٣٧٤).

(٣) ينظر: الإقناع (ص: ١٦٨)، والحاوي الكبير (١٣/٦٧)، والتنبية (ص: ٢٢٩)، والمهذب (٣/٢٤٨)، والبيان (١١/٦٢٢).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٤٩٤)، شرح مختصر الطحاوي (٥/٣٩٥)، والنتف (١/٣٨١)، والمبسوط (٢٧/٨٤)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥١).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٦٧)، والمهذب (٣/٢٤٨)، ونهاية المطلب (١٧/٨٦)، وبحر المذهب (١٤/٢٤٤)، والبيان (١١/٦٢٢).

(٦) ينظر: المبسوط (٢٧/٨٦)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥١).



❊ دليلنا: أن نقول: جنى على حق الله تعالى بالتفويت، فوجب أن يوجب الكفارة، دليله: شبه العمد[1].

وهذا لأن في نفس الآدمي حق الله تعالى، ولهذا لا يباح إتلافه بإباحته، فإتلافه يوجب الكفارة بدليل النص والمعنى.

أما النص: فقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[2]، فالشرع أوجب الكفارة في حق الخطأ لتفويت حق الله تعالى؛ كذلك ها هنا، وجبت الكفارة لتفويت حق الله تعالى؛ لأن تأثير صفة العمدية في إيجاب شيء لم يكن [لا في][3] إسقاط الواجب.

أما المعنى: فلأن حق الله تعالى معصوم محترم كحق الآدمي، ثم حق الآدمي مضمون، كذلك حق الله تعالى وجب أن يكون مضمونًا، فصار هذا كالخطأ، فإن هناك لا يجب لصفة الخطأية؛ لأنه تأثيرها في الإسقاط لا في الإيجاب، بل سبب التفويت، وقد وجد في العمد فوجب أن يجب؛ وبالأولى لأن الكفارة مؤاخذة، والعمدية في استدعاء المؤاخذة أكثر من الخطأ، ثم هناك تجب، فها هنا أولى، والكفارة تمحو الإثم، والإثم في العمد أكثر، فأولى بإيجاب الكفارة[4].

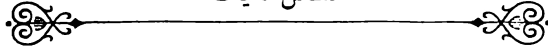
---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٦٧)، والمهذب (٣/٢٤٨)، ونهاية المطلب (١٧/٨٦)، وبحر المذهب (١٤/٢٤٤)، والبيان (١١/٦٢٢).

(٢) سورة النساء: آية ٩٢.

(٣) هكذا كتبت في الأصل.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٦٧)، والمهذب (٣/٢٤٨)، ونهاية المطلب (١٧/٨٦)، وبحر المذهب (١٤/٢٤٤)، والبيان (١١/٦٢٢).



ودليلهم: أنه عدوان محض، فلا يوجب الكفارة؛ دليله: الردة[1].

وبيان أنه عدوان محض؛ لأن النفس معصومة محترمة، فالجناية الواردة عليها تكون عدوانًا، فلا يوجب الكفارة؛ لأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة.

وبيان أن فيها معنى العبادة أنها تتأدى بالصوم، ويعتبر فيها النية؛ ولأنها شرعت ماحية الذنب، والحسنة شرعت ماحية[2]؛ وبيان أن فيها معنى العقوبة أنها تجب بالجناية، فدل أنها دائرة فتستدعي سببًا دائرًا بين الحظر والإباحة، وهذا عدوان محض، فلا يصلح [في الجواب][3][4].

الجواب:

قولهم: أنه عدوان محض.

قلنا: لا نُسَلِّم، ولكن لم لا تجب الكفارة به؟!

قولهم: لأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة.

قلنا: لا نُسَلِّم، بل هي عقوبة محضة، بدليل أنه يتوقف على الجناية.

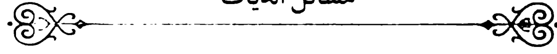
---

(١) ينظر: المبسوط (٢٧/٨٦)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥١).

(٢) ومما يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ ۚ ذَٰلِكَ ذِكْرَىٰ لِلذَّٰكِرِينَ﴾ [هود: ١١٤].

(٣) في هذا الموضع في المخطوط يظهر لي أن فيه سقطا؛ لأن العبارة في المخطوط «فلا يصلح في الجواب»، كما هو مثبت في المتن، وبالرجوع إلى كتب أهل العلم، لم أجد من أشار إلى هذا السقط؛ لكن من خلال قراءة السياق، وتأمل المعنى، يبدو لي أن السقط هو قوله: «فيه الكفارة»، والله أعلم.

(٤) ينظر: المبسوط (٢٧/٨٦)، وبدائع الصنائع (٧/٢٥١).



قولهم: أنها تؤدى بالصوم.

قلنا: تعرف الشيء من سببه أولى من تعرفه من خلفه، ثم نقول: الصوم في باب الكفارة عقوبة، وإن كان في الأصل عبادة كما قلتم، فإن عندكم الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة[1]، فكذلك الصوم دائر، وإن كان في الأصل عبادة محضة.

قولهم: بأن الكفارة [٢٠٠/أ] تمحو الإثم.

قلنا: العقوبة ماحية للإثم أيضًا؛ على ما قال النبي ﷺ: «الحدود كفارات لأهلها»[2] ثم وإن سلمنا أنه عبادة، لكن شرعت لمحو الإثم، فالعدوان لا يمنع إيجاب مثل هذه العبادة، كما قلنا في القتل بالمثقل وشبه العمد، والله أعلم.



|٢٦٠| مسألة:

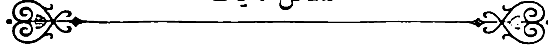
أهل البغي إذا أتلفوا على أهل العدل أموالهم ودماءهم يضمنون عندنا[3]، ....

---

(١) ينظر: المبسوط (٧٣/٣)،

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: الحدود كفارات لأهلها، (١٣٣٣/٣)، برقم: ١٧٠٩.

(٣) الصحيح في هذه المسألة عند الشافعية: أن فيها قولين، القول الأول ماذكره المؤلف وهو المذهب عندهم، والآخر ماذهب إليه الحنفية، قال الماوردي: «هل يضمن أهل البغي لأهل العدل ما استهلكوه من دمائهم وأموالهم أم لا؟ على قولين». وقال العمراني: «وإن أتلف ذلك أهل البغي على أهل العدل ففيه قولان». ينظر: الحاوي الكبير (١٠٦/١٣)، وبحر المذهب (٣٨٤/١٢)، والتهذيب (٢٨٢/٧)، والبيان (٢٩/١٢).



خلافًا لهم[١].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن دماء أهل العدل وأموالهم معصومة في حق أهل البغي عندنا[٢]، وعندهم غير معصوم في حقهم[٣].

❊ دليلنا: أنهم مسلمون، ملتزمون أحكام الإسلام، أتلفوا مالًا معصومًا محترمًا، فوجب أن يجب الضمان عليهم، كأهل العدل بعضهم مع بعض[٤].

والملك مما لا نزاع فيه[٥]، إنما الكلام في كونه معصومًا، وبيان أن أموال أهل العدل معصومة في حق أهل البغي الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن عصمة المال بعصمة المالك، والمالك معصوم؛ لأن العصمة المؤثرة ثابتة بأصل الخلقة، والعصمة المقومة ثابتة؛ إما بالإسلام أو بالإحراز بدار الإسلام، والكل قد وجد.

وأما الحكم: فلأنهم يأثمون بذلك، فدل أن العصمة قد وجدت، فوجب أن يجب الضمان[٦].

❊ ودليلهم: أن وجوب الضمان حكم شرعي إنما يجب بإتلاف مال

---

(١) ينظر: الأصل (٥١٥/٧)، والمبسوط (١٨٢/٩)، تحفة الفقهاء (٣١٣/٣)، وبدائع الصنائع (١٤١/٧).

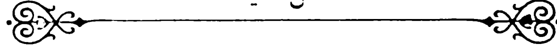
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠٦/١٣)، وبحر المذهب (٣٨٤/١٢)، والبيان (٢٩/١٢).

(٣) ينظر: المبسوط (١٨٢/٩)، وبدائع الصنائع (١٤١/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٠٦/١٣)، وبحر المذهب (٣٨٤/١٢)، والبيان (٢٩/١٢).

(٥) ينظر: النتف (٧٢٨/٢)، وبحر المذهب (٤١٧/١٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٠٦/١٣)، وبحر المذهب (٣٨٤/١٢)، والبيان (٢٩/١٢).



معصوم، ولم توجد عصمة المال في حقهم[١].

لأن العصمة حكم الشرع يثبت بخطاب الشرع، وحكم الخطاب لا يثبت بنفس الورود، وإنما يثبت بعد حصول العلم بالخطاب؛ بدليل قصة أهل قباء[٢]، فإنه لا يلزمه القضاء لعدم العلم بالخطاب، فدل أن العلم شرط، ولم يوجد العلم بالخطاب؛ لأن العلم بعد الوصول يكون.

والوصول إنما يكون إما بالإلزام أو بالالتزام، ولم يوجد واحد منهما؛ لأن الالتزام إنما يكون بأن يعرف بذلك الحكم، وهو أنكر ذلك واعتقد أن هذا الدم مباح، وأن المال مباح، ويتصور أن يكون الأمر كذلك، ولم يوجد الإلزام أيضًا؛ لأن الإلزام بولاية الإلزام، ولم يوجد لأن المنعة الحسية تمنع ولاية الإلزام، فدل أنه لم يوجد الإلزام ولا الالتزام، فلا يثبت حكم الخطاب، فلا يكون معصومًا فلا يوجب الضمان[٣].

---

(١) ينظر: المبسوط (٩/١٨٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٤١).

(٢) عن عبد الله بن عمر، قال: بينا الناس بقباء في صلاة الصبح، إذ جاءهم آت، فقال: «إن رسول الله ﷺ قد أنزل عليه الليلة قرآن، وقد أمر أن يستقبل الكعبة، فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام، فاستداروا إلى الكعبة» أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الصلاة، باب: ما جاء في القبلة ومن لم ير الإعادة على من سها فصلى إلى غير القبلة، (١/٨٩)، برقم: ٤٠٣.

(٣) قال في كشف الأسرار: «الباغي إذا أتلف مال العادل أو نفسه ولا منعة له يضمن وكذلك سائر الأحكام تلزمه فإذا صار للباغي منعة سقط عنه ولاية الإلزام فوجب العمل بتأويله الفاسد فلم يؤخذ بضمان». وبيان ذلك: «إذا أتلف الباغي مال العادل أي نفسه ولا منعة له يضمن كما لو أتلفه غيره لبقاء ولاية الإلزام وكذلك أي وكوجوب الضمان سائر الأحكام التي تلزم المسلمين تلزمه؛ لأنه مسلم وولاية الإلزام باقية. فإذا صار للباغي منعة سقط عنه ولاية الإلزام بالدليل حسا وحقيقة فوجب العمل بتأويله الفاسد فلم يؤخذ بضمان في نفس=

الجواب:

قولهم: بأن الضمان إنما يجب بإتلاف معصوم.

قلنا: مسلم، ولكنا قد بَيَّنَّا أن المال معصوم.

قولهم: بأن الحكم لا يثبت بنفس الورود.

قلنا: هذا بناء منكم على أن العلم [٢٠٠/ب] شرط، وليس كذلك، بل التمكن من تحصيل العلم شرط، والتمكن قد وجد في حقهم، وخرج على هذا قصة أهل قباء[١]؛ لأن التمكن لم يوجد في حقهم، ثم إن قلنا: أن حصوله شرط، لكن لم قلتم بأن العلم لم يحصل لهم ؟!

قولهم: بأن حصول العلم بالإلزام والالتزام.

قلنا: بلى، وقد وجد الكل؛ أما الالتزام فقد وجد؛ لأنهم مسلمون ملتزمون أحكام الإسلام، بل أنكروا هذا الحكم، ولكنهم أنكروا بعد الاعتراف بالسبب، وهو الإسلام، وإنكار الحكم بعد الاعتراف بالسبب لا يكون مصرًا؛ كالذمي إذا اعترف بحظرية الزنا وأنكر الحكم، يلزمه الحكم، كذلك ها هنا.

والإلزام أيضًا قد وجد؛ لأن هذه المنعة للإسلام، ومنعة الإسلام لا تمنع ولاية إلزام أحكام الإسلام؛ ولأن النبي ﷺ مبعوث إلى قوم لهم منعة وقوة[٢]، ومع ذلك يكون مبلغًا وملزمًا، فدل أن المعنى الذي ذكروه لا يستقيم، والله أعلم.

= ولا مال بعد التوبة كما لم يؤخذ أهل الحرب به بعد الإسلام». كشف الأسرار (٤/٣٣٨).

(١) سبق تخريجه في (ص: ٤٤٨).

(٢) والقوم هؤلاء هم قريش.




٢٦١ | مسألة:

[المرتد][١] يحكم بقتلها عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المبيح للدم هو الكفر عندنا[٤]، والحراب عندهم[٥].

❊ **دليلنا**: أن الموجب للقتل قد وجد، والمانع قد فقد، فوجب أن يجب القتل[٦].

وإنما قلنا: أن الموجب للقتل وجد؛ لأن الكفر موجب للقتل، لأن الكفر جناية متناهية، والقتل عقوبة متناهية، وتعليق العقوبة المتناهية بالجناية المتناهية تعليق حكم بعلة مؤثرة؛ ولأن القتل شرع للزجر عن الكفر[٧]، والدعاء إلى الإسلام، والمرأة مزجورة عن الكفر، مدعوة إلى الإسلام،

(١) في هذا الموضع في المخطوط كتبت لفظة «المرتد»، كما هو مثبت في المتن، والصحيح هو قوله «المرتدة»؛ لأن المسألة موضوعها حكم قتل المرتدة، وفيما يبدو أن التاء المربوطة سقطت بسهو من الناسخ، والله أعلم.

(٢) ينظر: الأم (٢٩٨/١)، ومختصر المزني (٣٧٤/٨)، والإقناع (ص: ١٧٥)، والحاوي الكبير (١٥٥/١٣)، وبحر المذهب (٤٢٥/١٢).

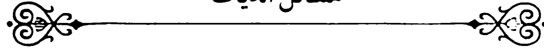
(٣) ينظر: الأصل (٤٩٧/٧)، والسير الصغير (ص: ٢٢٤)، وشرح مختصر الطحاوي (١١٩/٦)، ومختصر القدوري (ص: ٢٣٧)، والمبسوط (١٠٩/١٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٦/١٣)، وبحر المذهب (٤٢٦/١٢)، والبيان (٤٤/١٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٢١/٦)، والمبسوط (١٠٩/١٠)، وبدائع الصنائع (١٣٥/٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٦/١٣)، وبحر المذهب (٤٢٦/١٢)، والبيان (٤٤/١٢).

(٧) قال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ﴾ سورة الأنفال: آية: ٣٩. قال مقاتل: وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة يعني شركا ويوحدوا ربهم ويكون يعني ويقوم الدين كله لله ولا يعبد غيره. ينظر: تفسير مقاتل بن سليمان (١١٥/٢).



والقتل يصلح أن يكون زاجرًا فوجب أن يشرع في حقه.

ولأن القتل إنما شرع للحمل على الإسلام، والمرأة محمولة على الإسلام، والقتل يصلح أن يكون حاملًا؛ لأن الإسلام من أهم المطالب، فيطلب بما هو النهاية في الطلب، والقتل نهاية في الطلب، فوجب أن يطلب به[1].

❁ ودليلهم: أن الكفر جناية وردت على محض حق الله تعالى، فجزاؤها مؤخر إلى دار الآخرة؛ لأنها دار الجزاء[2].

أما قتل المحاربين منهم إنما جاز في الدنيا، لا لأجل الكفر؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فما بَيَّنَّا من أنه جناية على محض حق الله تعالى، وضررها لا يعدو الجاني، بل هو [مقصور][3] عليه.

وأما الحكم: فلأنه يسقط بالتوبة، ولو كان عقوبة على الكفر وجب أن لا يسقط؛ لأن العقوبة إنما شرعت للزجر، والزجر لا يحصل، إذا قلنا به يسقط، فدل أنه ليس بسبب الكفر، بل هو [٢٠١/أ] بسبب الحراب؛ لأنه مؤثرًا؛ لأنا لا نعتبر حقيقة الحراب بل نعتبر السبب الباعث عليه الداعي إليه وهو النية الصالحة والاعتبار والباعث عليه ولم يوجد في حق المرأة النية الصالحة فلا يجوز قتلها لهذا المعنى[4]

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/١٥٦)، وبحر المذهب (١٢/٤٢٦)، والبيان (١٢/٤٤).
(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٢١)، والمبسوط (١٠/١٠٩)، وبدائع الصنائع (٧/١٣٥).
(٣) في المخطوط: [مقصود].
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٢١)، والمبسوط (١٠/١٠٩)، وبدائع الصنائع (٧/١٣٥).

الجواب:

قولهم: بأن الكفر جناية على محض حق الله تعالى فجزاؤه يؤخر إلى دار الآخرة.

قلنا: هذا بناء على أن الدنيا ليس بدار الجزاء وليس الأمر كذلك بل هي دار الجزاء كالآخرة، إلا أنهما يتفاوتان في التأبيد والتأقيت، ثم نقول: ما شرعنا جزاء على سبيل الانتقام، وإنما شرعنا للزجر والردع.

قولهم: بأن المبيح هو الحراب.

قلنا: الحراب يصلح أن يكون مبيحا والكفر أيضا يصلح وأحدهما لا يبقى الآخر، لكن قتل الكافر بسبب الكفر لا بسبب الحراب بدليل أنه يجوز القتل ابتداء من غير وجود الحراب.

قولهم: أنا أقمنا الاعتقاد مقامه

قلنا هذا شيء موهوم ربما يكون وربما لا يكون أما الكفر فشيء موجود حقيقة فيصلح أن يكون علة.

قولهم: إنه يسقط بالتوبة

قلنا سائر العقوبات أيضا تسقط بالتوبة، ثم نقول: إنما سقط لأن المقصود من هذه العقوبة ترك الكفر فإذا ترك يسقط بخلاف سائر العقوبات؛ لأن المقصود منها الزجر عن مثلها في المستقبل فلا يسقط لهذا المعنى[1]، والله أعلم.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/١٥٧)، وبحر المذهب (١٢/٤٢٦).




|٢٦٢| مسألة:

أمان العبد المحجور عليه صحيح عندنا[١]، خلافا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقا: على أن الأمان أصل في نفسه، وليس بتابع للقتال عندنا[٣]، وعندهم تابع[٤].

❊ دليلنا: أن الأمان شرع لدفع الشر والعبد يملك دفع الشر كالحر[٥].

وإنما قلنا شرع لدفع الشر والعبد يملك دفع الشر؛ ولهذا يملك دفع الشر عن نفسه وعن أخيه المسلم بدليل أنه رأى صائلا يصول على إنسان يجب عليه الدفع، فدل أنه ملك دفع الشر[٦].

❊ ودليلهم: أن الأمان جهاد والعبد لا يملك الجهاد، فلا يملك الأمان[٧].

وبيان أنه لا يملك الجهاد بالحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه لا يجوز له الخروج إلى الجهاد بدون إذن السيد.

وأما الحقيقة: فلأن الجهاد إنما يملك بملك ما نقوم به الجهاد، ولأن الجهاد متابعة النفس مع الله تعالى، والعبد لا يملك نفسه فكيف يملك متابعته

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (١٧/٤٦٩)، وبحر المذهب (١٣/٢٥٥)، والتهذيب (٧/٤٧٧).
(٢) ينظر: المبسوط (١٠/٧٠)، وتحفة الفقهاء (٣/٢٩٦)، وبدائع الصنائع (٧/١٠٦).
(٣) ينظر: نهاية المطلب (١٧/٤٦٩)، وبحر المذهب (١٣/٢٥٥).
(٤) ينظر: المبسوط (١٠/٧١)، وبدائع الصنائع (٧/١٠٦).
(٥) ينظر: نهاية المطلب (١٧/٤٦٩)، وبحر المذهب (١٣/٢٥٥).
(٦) ينظر: المراجع السابقة.
(٧) ينظر: المبسوط (١٠/٧١)، وبدائع الصنائع (٧/١٠٦).




مع الله تعالى فدل على أنه لا يملك الجهاد(١).

ثم الدليل على أن الأمان جهاد، هو أن الجهاد إنما شرع لإعلاء [٢٠١/ب] كلمة الله تعالى وإعزاز الدين(٢)، وفي الأمان إعزاز الدين؛ لأن الأمان إنما شرع في حالة يكون بالمسلمين ضعف، وفي هذه الحالة في الأمان إعزاز الدين؛ لأن فيه حفظ الدين وإبقاؤه كيلا يقدم الكفار على قتلهم ففيه إعزاز الدين من هذا الوجه بقاء إبقاء الإعزاز، فدل أنه جهاد إلا أن هذا جهاد معنى، والقتال جهاد صورة ومعنى، فإذا لم يملك القتال؛ وجب أن لا يملك الأمان(٣).

الجواب:

قولهم: الأمان جهاد والعبد لا يملك الجهاد،

قلنا: بل يملكه؛ لأن الجهاد طاعة وقربة والعبد مسلم، والأصل أن كل مسلم يملك الطاعة والقربة؛ لأنه من أهل الطاعة والقربة؛ ولهذا إذا أذن له السيد ملك؛ فلولا أنه أهل وإلا لما ملك، وإذا ثبت أنه أهل للجهاد؛ فوجب أن يملك؛ لأن الأصل أن من كان أهلا لشيء يملك إلا إذا وجد مانع والمانع في القتال، فقلنا بأنه لا يملك أما لا مانع في الأمان فوجب أن يملك وهذا هو الجواب عن قولهم: بأنه لا يملك ما به قوام الجهاد، فإنا نقول لما لم يملك

---

(١) ينظر: الأم (١٧٩/٤)، والتهذيب (٤٤٨/٧).

(٢) قال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ﴾ سورة الأنفال: جزء من آية ٣٩.

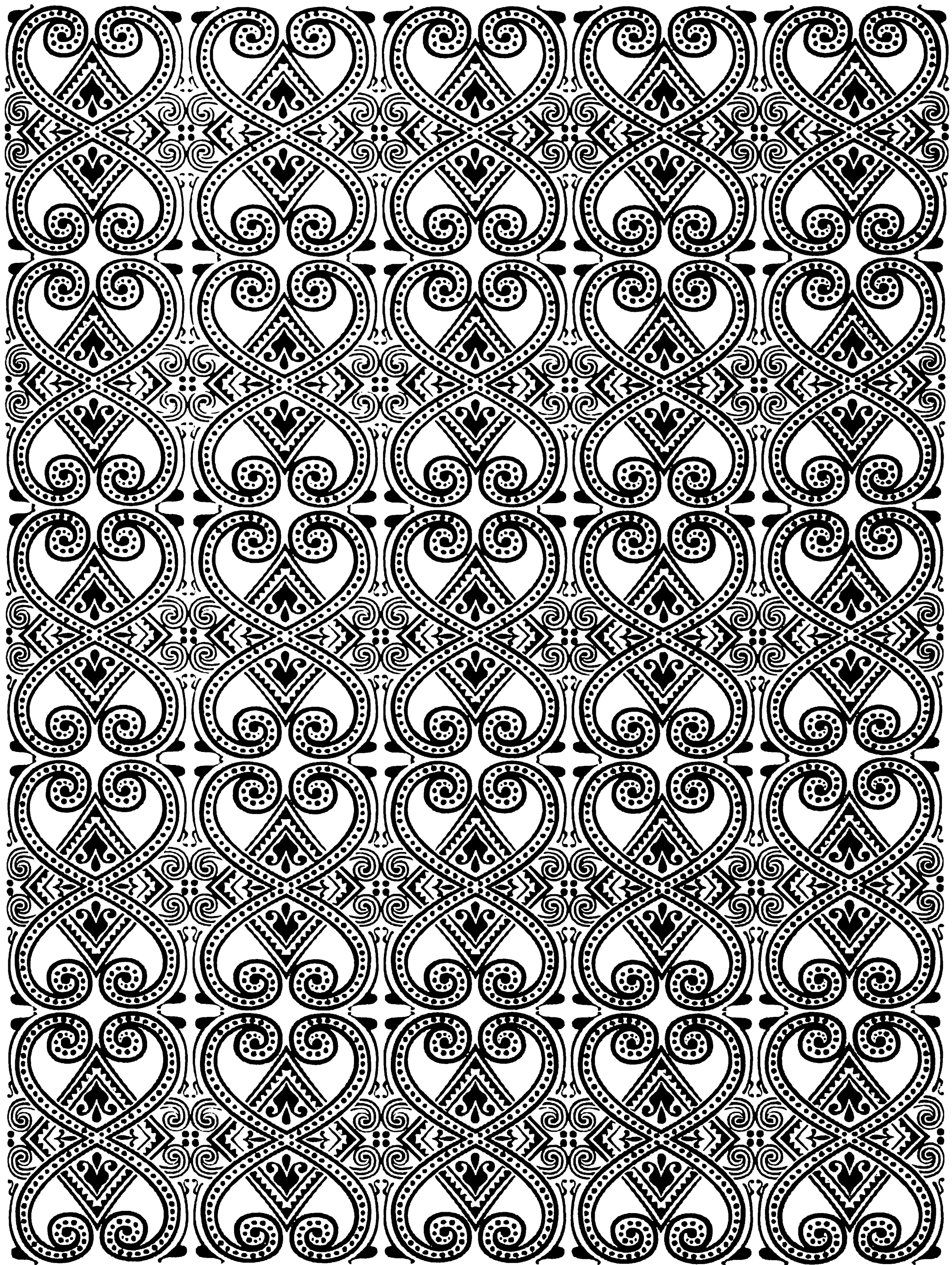
(٣) ينظر: المبسوط (٧١/١٠)، وبدائع الصنائع (١٠٦/٧).

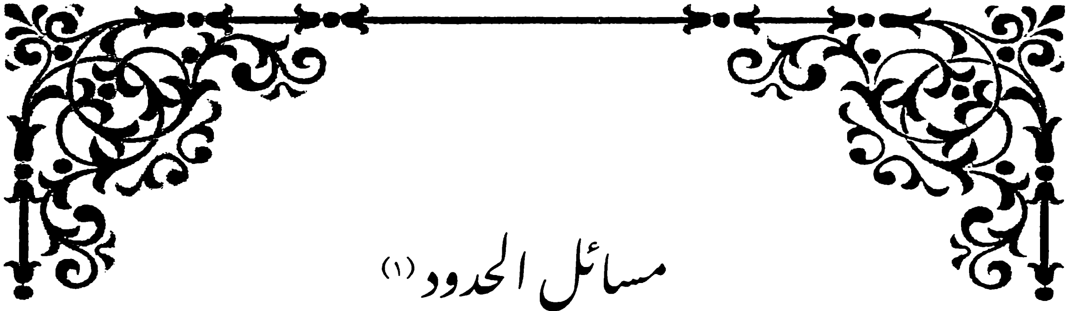



ما به قوام القتال لا جرم لا يملك القتال، ولكنه يملك ما به قوام الأمان؛ لأن قوام الأمان بمنفعة اللسان، ومنفعة مملوكة له، ولهذا ملك التهليل والتسبيح ولا يملك الصلاة النافلة إلا بإذن السيد لهذا المعنى، وهذا هو الجواب عن قولهم: لا يجوز له الخروج بدون إذن السيد؛ لأن في الجهاد إلحاق الضرر بالسيد؛ فلا يجوز إلا بإذنه بخلاف الأمان؛ لأنه ليس فيه ضرر، فيجوز أن يملك العبد بدون إذن السيد[1]، والله أعلم.




(١) ينظر: بحر المذهب (١٣/٢٥٥).





مسائل الحدود(1)

|٢٦٣| مسألة:

الجلد والتغريب يجتمعان عندنا(2)، خلافًا لهم(3).

ومدار المسألة تحقيقًا على أن التغريب هل يصلح أن يكون حدًا عندنا نعم(4)، وعندهم لا(5).

❊ دليلنا: ما روي أن رجلين جاءا إلى رسول الله ﷺ فقال واحد منهما: إن ابني كان عسيفًا(6) لهذا، وأنه زنا بامرأته... القصة فقال النبي ﷺ: «على

---

(١) الحدود لغة: من الحد: وهو الفصل بين الشيئين ؛ لئلا يختلط أحدهما بالآخر أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر، وجمعه حدود، وحد كل شيء: منتهاه، لأنه يرده ويمنعه عن التمادي، وحد السارق وغيره: ما يمنعه عن المعاودة. ينظر: تهذيب اللغة (٣/٢٧٠)، ولسان العرب (٣/١٤٠). والحدود في الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: العقوبة المقدرة حقا لله تعالى، وعرفها الشافعية بأنها: عقوبة مقدرة وجبت زجرا عن ارتكاب ما يوجبه، ينظر: بدائع الصنائع (٧/٣٣)، والهداية (٢/٣٣٩)، ونهاية المطلب (١٧/١٧٧)، والمجموع شرح المهذب (٢٠/٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/١٩٣)، والتنبية (ص: ٢٤١)، والمهذب (٣/٣٣٦)، ونهاية المطلب (١٧/١٨٠)، وبحر المذهب (١٣/٥)، والتهذيب (٧/٣١٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٥٩)، والمبسوط (٩/٤٤)، وتحفة الفقهاء (٣/١٤٠)، وبدائع الصنائع (٧/٣٩).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/١٩٣)، وبحر المذهب (١٣/٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٥٩)، والمبسوط (٩/٤٤)، وبدائع الصنائع (٧/٣٩).

(٦) عسيفا: من العسفاء: أي الأجراء، والواحد عسيف. وقوله: إن ابني كان عسيفا على هذا أي كان أجيرا. تهذيب اللغة (٢/٦٤).

ابنك جلد مائة وتغريب عام»[١] ذكر بكلمة «على»، وهي للإيجاب؛ فدل على أنه واجب[٢].

❖ ودليلهم: أن التغريب لو شرع إنما يشرع ليكون حدًا، وهو لا يصلح أن يكون حدًا[٣].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحد شرع للزجر عن الزنا، وفي التغريب إغراء بالزنا؛ لأن الله تعالى ذكر الشهود في [...][٤] فلا يمتنع عن الزنا [٢٠٢/أ] بسبب الدين إلا الخواص من الناس.

أما العوام فلا يمتنعون إلا بموانع منها الحياء، فإنه ما دام فيما بين الناس الأقارب يستحي عنهم، فإذا تغرب يقل الحياء وحفظ الأقارب فيكون فيه فتح باب الزنا، وفي حق المرأة أيضًا كذلك؛ ولأن الزنا تارة بالمعاشقة وتارة باتخاذه حرفة، وبالوقاحة، وبالتغريب إن زالت المعاشقة لكن حدثت الوقاحة، واتخاذه حرفة بجمع المال، فدل أن في التغريب إغراء بالزنا وفتح بابه، فلا يصلح أن يكون حدًا، فلا يجوز المصير إليه[٥].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: المحاربين من أهل الكفر والردة، باب: الاعتراف بالزنا، (١٦٧/٨)، برقم: ٦٨٢٧، ومسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، (١٣٢٤/٣)، برقم: ١٦٩٧.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٩٣/١٣)، وبحر المذهب (٥/١٣).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٥٩/٦)، والمبسوط (٤٤/٩)، وبدائع الصنائع (٣٩/٧).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط يوجد كلمة غير مقروء؛ ولكن من خلال التأمل وقراءة السياق، يبدو أن اللفظة، هي قوله «الزاني»، والله أعلم.

(٥) ينظر: المبسوط (٤٥/٩).




الجواب:

قولهم: بأن التغريب لا يصلح أن يكون حدًا.

قلنا: لا نسلم؛ لأن الصلاحية بالشرع، والشرع جعله حدًا على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن فيه إغراء بالزنا.

قلنا: هذا محال؛ لأن عندكم يصلح أن يكون تعزيرًا[1]، ولو كان الأمر كما ذكرتم وجب أن لا يكون تعزيرًا.

قولهم: بأن الزجر لا يحصل به.

قلنا: لا نسلم، بل يحصل؛ لأن الزجر تارة يحصل بإقامة العقوبة عليه، وتارة يكون بقطع سببه، وفي التغريب قطع سبب الزنا؛ لأن الغالب أن الزنا إنما يكون بالمعاشقة، وذلك ينقطع بالتغريب؛ لأنها تنبني على فراغ القلب، وكثرة المجالسة والمخالطة، وذلك يزول بالتغريب؛ لأنه يصير متفكر القلب ومنكسر القلب لا يتفرغ إلى هذه الأشياء.

أما قولهم: يزول الحياء وغير ذلك.

قلنا: حصول الزنا بما ذكرتم من الطريق نادر، بل الغالب أنه يحصل بالمعاشقة، وذلك يزول بالتغريب، ثم نقول: هبك أن في التغريب فتح باب الزنا من وجه، إلا أنه منع من وجه على ما بَيَّنَّا، فيصلح أن يكون حدًا كالجلد[2]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٥٩)، والمبسوط (٩/٤٤)، وبدائع الصنائع (٧/٣٩).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/١٩٤)، وبحر المذهب (١٣/٦).

|٢٦٤| مسألة:

الإسلام ليس بشرط في إحصان[١] الرجم عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الكفر لا يمنع بكامل الجناية عندنا[٤]، وعندهم فيمنع[٥].

❊ دليلنا: أن زنا الكافر كزنا المسلم، فوجب أن يشرع في حقه ما يشرع في حق المسلم كالمسلم[٦].

وبيانه أن المسلم إنما توجب الرجم باعتبار الجناية، والجناية إنما تكون بالحظرية، والحظرية بالخطاب.

وهما يستويان في الخطاب؛ لأن الكافر مخاطب بتحريم الزنا، فقد ثبت الحظرية بالإسلام، فإذا استويا في الحظرية يستويان [٢٠٢/ب] في الجناية، فوجب أن يستويا في الموجب، ولو امتنع إنما يمتنع بسبب الكفر،

---

(١) الإحصان: إحصان الفرج وهو إعفافه، ومنه قوله: ﴿أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾ (الأنبياء: ٩١) أي أعفته ينظر: تهذيب اللغة (١٤٥/٤)، ولسان العرب (١٢١/١٣).

(٢) ينظر: الأم (٣٠٧/٤)، والحاوي الكبير (٣٨٥/٩)، نهاية المطلب (١٨٤/١٧)، الوسيط (٤٣٨/٦)، وبحر المذهب (٩/١٣)، والبيان (٣٥٤/١٢).

(٣) أبو يوسف صاحب أبي حنيفة خالفهم في ذلك؛ حيث لم يجعل الإسلام من شرائط الإحصان، وأوجب الرجم على الذميين، وأن النصارى يحصن بعضهم بعضًا، وأن المسلم يحصن النصرانية، وأنها لا تحصنه. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٥١/٦)، والنتف في (٦٣٤/٢)، والمبسوط (٣٩/٩)، تحفة الفقهاء (١٣٩/٣)، وبدائع الصنائع (٣٧/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨٦/٩)، وبحر المذهب (١٠/١٣).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٥٤/٦)، والمبسوط (٣٩/٩).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨٦/٩)، وبحر المذهب (١٠/١٣).




والكفر تأثيره في التغليظ لا في التخفيف، فإن لم يؤثر في التغليظ، فلا يؤثر في التخفيف أيضًا ولهذا، استويا في أحد موجبي الزنا، وهو الجلد فكذا في الثاني[1].

❁ ودليلهم: أن الإسلام نعمة زاجرة عن الزنا، فوجب أن يكون معتبرًا لثبوت الإحصان كالثيابة[2][3].

وإنما قلنا: إن الإسلام نعمة؛ لأنه رأس كل نعمة، ولا إشكال فيه.

وقولنا: إنه زاجرًا لا إشكال فيه أيضًا؛ لأن الآدمي بالدين يمتنع عن المعاصي، فدل أنه نعمة زاجرة كالثيابة.

وإنما اعتبرنا النعمة؛ لأن الزجر عقوبة متناهية، فتستدعي جناية متناهية، وتناهي الجناية بتكامل النعمة؛ لأن الجناية كفران النعمة، فكل من كانت النعمة في حقه أكثر فالجناية منه أقبح؛ بدليل قصة زوجات النبي ﷺ ورضي عنهن[4]، فالإسلام أصل كل نعمة، فلا بد من اعتباره لكمال

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) الثيابة: من الثيب، والثيب من النساء: التي قد تزوجت وفارقت زوجها بأي وجه كان بعد أن مسها، وقال ابن الأثير: الثيب: من ليس ببكر ينظر: تهذيب اللغة (١٥/١١١)، وتاج العروس (٢/١١٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٥٤)، والمبسوط (٩/٣٩)، وبدائع الصنائع (٧/٣٧).

(٤) قال تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٗا﴾ يقول تعالى: لأزواج النبيّ ﷺ: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ﴾ يقول: من يزن منكنّ الزنا المعروف الذي أوجب الله عليه الحدّ، ﴿يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ﴾ على فجورها في الآخرة ﴿ضِعۡفَيۡنِ﴾ على فجور أزواج الناس غيرهم. ينظر: تفسير الطبري (٢٠/٢٥٥).




الجناية، فاعتبرنا كالثيابة سواء[1].

الجواب:

قولهم: أن الإسلام نعمة زاجرة عن الزنا.

قلنا: مُسَلَّم، لكن شرطتم الإسلام لكونه نعمة، أم لكونه زاجرًا؟! إن اعتبرتموه لكونه نعمة، وجب أن نعتبر كل نعمة، أما الثيابة فلا تعتبر لكونها زاجرة، ولا لكونها نعمة، وإنما تعتبر للإغناء عن الزنا، والإغناء الحاصل بالنكاح لا يكون كالإغناء الحاصل بملك اليمين على ما هو معلوم، بخلاف الدين؛ لأنَّا لو اعتبرناه إنما نعتبره للزجر، والدين زاجر على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الزجر عقوبة متناهية فتستدعي جناية متناهية.

قلنا: مُسَلَّم.

وقولهم: أن تناهي الجناية بتناهي النعمة.

قلنا: لا نسلم، بل بتكامل الحظرية، وإنها كاملة.

قولهم: بأن الجناية كفران النعمة.

قلنا: كفران النعمة جناية أخرى، والزنا جناية أخرى، فالزنا إنما يكون جناية؛ لأن فيه اختلاط المياه واشتباه الأنساب.

قولهم: بأن كل من كانت النعمة في حقه أكثر، فالجناية منه أقبح.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/١٥٤)، والمبسوط (٩/٣٩)، وبدائع الصنائع (٧/٣٧).




قلنا: بناء منكم على أن قبح الأشياء لعينها، وليس كذلك، بل بالنهي، والنهي في أحقها على حد سواء، أما زوجات النبي ﷺ ورضي عنهن؛ قلنا: تضاعف العقوبة، ثم تضاعف الجناية، لا لتضاعف النعمة[1]، والله أعلم.



|٢٦٥| مسألة:

التكرار ليس بشرط في الإقرار بالزنا عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أنه لا فائدة في التكرار عندنا[4]، وعندهم [٢٠٣/أ] التكرار مفيد[5].

❊ دليلنا: أن السبب الموجب للحد قد وجد، فوجب أن يجب عليه الحد، كما لو أقر أربعًا[6].

وبيان السبب، وهو أن السبب إنما هو الزنا، والزنا قد وجد.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الزنا تارة يظهر عند القاضي بالإقرار، وتارة يظهر بالبينة، وها هنا إن لم توجد البينة؛ فقد وجد الإقرار، فوجب أن يظهر حتى يجب الحد.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨٧/٩).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٦/١٣)، ونهاية المطلب (١٨٦/١٧)، والوسيط (٤٤٦/٦)، وبحر المذهب (١٦/١٣)، والتهذيب (٣٣٣/٧).
(٣) ينظر: المبسوط (٩١/٩).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٧/١٣)، وبحر المذهب (١٧/١٣).
(٥) ينظر: المبسوط (٩٢/٩).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٧/١٣)، وبحر المذهب (١٧/١٣).

وهذا لأن إقرار الإنسان إنما يقبل على نفسه لعدم التهمة، ولأن له على نفسه بصيرة، وهذا المعنى موجود في الإقرار بمرة واحدة، فوجب أن يقبل حتى يظهر الحكم؛ ولأن الإقرار إخبار والإخبار وإن كرر فالثاني عين الأول، فلا فائدة فيه، كسائر الإخبارات، وهذا لأن التكرار ليس إلا إعادة الأمر الأول، فلا فائدة في إعادة كلامه الأول، فلا يكون معتبرًا، كالشاهد إذا كرر لفظة الشهادة ألف مرة لا يكون معتبرًا؛ لأنه غير مفيد كذلك ها هنا[١].

♦ ودليلهم: أنه إحدى حجتي الزنا، فوجب أن يشترط فيه العدد كالشهادة[٢].

وهذا لأن الزنا جناية متفاحشة، فيشترط فيه العدد تغليظًا للحجة، والعدد يصلح أن [...][٣] تغليظًا بدليل اللعان[٤]، وبدليل الأيمان في القسامة[٥]، فيشترط فيه العدد للتغليظ، وكذلك الشهادة، فإن زيادة العدد

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٩٥)، والمبسوط (٩/٩٣)، وتحفة الفقهاء (٣/١٩٥)، وبدائع الصنائع (٧/٥٠).

(٣) في هذا الموضوع في المخطوط يبدو لي أن فيه سقطا وأعتقد أن السقط من سهو الناسخ والسقط هو لفظة «يكون»، والله أعلم.

(٤) اللعن: الطرد والإبعاد من الخير وبابه قطع، وهي شهادات أربع، مؤكدات بالايمان، مقرونة شهادة الزوج باللعن، وشهادة المرأة بالغضب، قائمة شهاداته مقام حد القذف في حقه، وشهاداتها مقام حد الزنى في حقها. مختار الصحاح (ص: ٢٨٣)، والقاموس الفقهي (ص: ٣٣٠).

(٥) القسامة: اسم من الإقسام وضع موضع المصدر ثم قيل للذين يقسمون قسامة أيضا، وإذا ادعى الورثة قبل رجل أنه قتل صاحبهم ولا لوث ولا بينة استحلف المدعى عليه خمسين يمينا أنه ما قتله فإن حلف برىء وإن نكل حلف الورثة خمسين يمينا، ثم يكونون بالخيار في=



شرط للتغليظ، لأنه ليس فيه فائدة أخرى سوى التغليظ؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الشهادة لغلبة الظن، وغلبة الظن الحاصل بالاثنين كالحاصل بالأربعة.

وأما الحكم: فلأنه إذا أتى أحدهما بأربع والثاني باثنين، لا يرجح أحدهما على الثاني، فدل أن الزيادة لا تفيد فائدة سوى التغليظ، فوجب أن يعتبر ها هنا التكرار للتغليظ(١).

الجواب:

قولهم: أحد حجتي الزنا.

قلنا: لم قلتم يشترط فيه العدد؟!

أما الشهادة، قلنا: العدد ركن في الشهادة في سائر المواضع، وفي الإقرار بخلافه، فلا يجوز قياس هذا على ذلك، ثم الفقه فيه هو أن العدد مفيد؛ لأن الشهادة إنما يكون حجة لغلبة الظن، وغلبة في الأربعة أكثر؛ لأنه قل ما يكون تواطؤهم على الكذب بخلاف الإقرار؛ لأنه ليس بمفيد فيه التكرار على ما بَيَّنَّا.

= قتله أو أخذ الدية منه إذا كان القتل عمد. ينظر: تهذيب اللغة (٣٢١/٨)، ولسان العرب (٤٨١/١٢).

(١) ينظر: مختصر القدوري (ص: ١٩٥)، والمبسوط (٩٣/٩)، وتحفة الفقهاء (١٩٥/٣)، وبدائع الصنائع (٥٠/٧).

قولهم: شُرِع للتغليظ،

قلنا: لا يحصل به التغليظ؛ لأن الثاني غير الأول بخلاف اليمين في القسامة، لأن كل واحد منهما تصرف على حياله فيحصل به التغليظ، كذا اللعان؛ لأنه يمين بخلاف مسألتنا [٢٠٣/ب] على ما بَيَّنَّا(١)، والله أعلم.



|٢٦٦| مسألة:

الحرة العاقلة البالغة إذا مكنت نفسها من صبي أو مجنون يجب عليها الحد عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المرأة فاعلة فعل الزنا عندنا(٤)، وعندهم ليست بفاعلة(٥).

❊ دليلنا: أنها زانية، فيجب عليها الحد كالرجل(٦).

وبيان أنها زانية: الحكم والاسم:

أما الاسم: فقول الله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾(٧)، سماها زانية، وقدم اسمها على اسم الرجل.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٨/١٣).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٠/١٣)، والتهذيب (٣٢٠/٧).
(٣) ينظر: النتف (٦٣٢/٢)، والمبسوط (٥٤/٩)، وبدائع الصنائع (٣٤/٧).
(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٠/١٣)، والتهذيب (٣٢١/٧).
(٥) ينظر: المبسوط (٥٤/٩)، وبدائع الصنائع (٣٤/٧).
(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٠٠/١٣)، والتهذيب (٣٢١/٧).
(٧) سورة النور: آية ٢.




وأما الحكم: فلأنه يجب عليها الحد، وحد الزنا لا يجب إلا بسبب الزنا يدل عليها أنها إذا مكنت نفسها من عاقل يجب الحد عليها، وإنما يجب بسبب فعلها لا بسبب فعل الرجل كذلك ها هنا، فلو امتنع ها هنا إنما تمتنع باعتبار الجنون والصبى، والجنون يختص به فلا يتعدى إلى المرأة؛ فلا يمنع وجوب الحد عليها[١].

❖ ودليلهم: أنها مكنت نفسها من الزنا فلا يجب عليها حد الزنا، كما إذا مكنت نفسها من بهيمة[٢].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن فعل الصبي والمجنون ليس بزنا[٣]؛ لأن أقل درجات الزنا أن يكون محظورا، ولم يوجد هناك لأن الحظرية بالخطاب، ولا خطاب في حق الصبي ولا حظرية.

وهذا لأن الزنا ليس باسم بنفس الفعل كالقتل، بل هو اسم لفعل محظور، ولم توجد الحظرية فلا يكون زنا، فصح أنها مكنت نفسها من الزنا فلا يجب الحد؛ لأن الحد إنما يجب عليها بالتمكين من الزنا، لا لحقيقة الزنا؛ لأنها ليست بفاعلة فعل الزنا، بدليل الحقيقة والصورة:

أما الصورة: فلأن صورة الزنا الإيلاج، ولم يوجد من جهتها الإيلاج؛ لأنه ليس لها آلة الإيلاج.

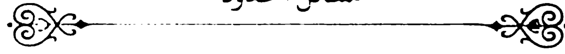
وأما الحقيقة: فلأن الزنا عبارة عن الوطء، والواطئ هو الرجل، ولهذا

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط (٩/٥٤)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤).

(٣) ينظر: النتف (٢/٦٣٢)، والمهذب (٣/٣٣٥).



يقال: وطئ الرجل فهو واطئ، ووطئت المرأة فهي موطوءة، يضاف الفعل إليها إضافة الفعل إلى المحل، فنزلت المرأة في هذا الفعل منزلة الأرض في وطء الأقدام.

ومن حيث الحكم ظاهر، وهو أن المهر لا يجب عليها، وإنما يجب على الرجل، ولو كانت فاعلة لوجب، فدل أنه اسم لفاعل فعل الزنا، والحد وجب عليها بالتمكين من الزنا، ولم يوجد ها هنا، فلا يجب الحد عليها[1].

الجواب:

قولهم: أنها مكنت نفسها من الزنا.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن فعل الصبي ليس بزنا.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن الزنا بالحظرية ولم توجد.

قلنا: لا نسلم، بل وجدت.

قولهم: بأن [٢٠٤/أ] الخطاب لم يوجد في حقهما.

قلنا: الخطاب بتحريم الأعيان والمحال متناول للصبي والمجانين، ولهذا المعنى المحارم حرام في حقها، ثم وإن سلمنا أن فعله ليس بزنا، لكن

---

(١) ينظر: المبسوط (٥٤/٩)، وبدائع الصنائع (٣٤/٧).




لم قلتم بأنه لا يجب الحد؟!

قولهم: بأن الحد وجب عليها بالتمكين لا بحقيقة الفعل.

قلنا: لا نسلم، بل هي فاعلة فعل الزنا؛ لأن الفعل من كل شخص على حسب ما يليق بحاله، وفعلها التمكين، وفعل الرجل الإيلاج، والتمكين من جهتها كالإيلاج من جهة الرجل في المعنى؛ إن اختلفا من حيث الصورة فقد اتفقا من حيث المعنى.

معنى فعل الرجل في باب الزنا هو قضاء الشهوة لا طلب الولد، وكذلك في حق المرأة لأنها بالتمكين قاضية شهوتها غير طالبة للولد كالرجل بالإيلاج، فهما يستويان[١].

قولهم: بأن الزنا هو الإيلاج.

قلنا: بأي دليل قلتم ذلك، من جهة الشرع أم اللغة؟! فإنه لا دليل عليه لا لغة ولا شرعًا، بل الزنا عبارة عن ما قلناه.

قولهم: بأنها محل.

قلنا: وراء المحلية شيء آخر، وهو التمكين.

قولهم: أن المهر لا يجب على المرأة.

قلنا: لأن منفعة بضع الرجل غير متقومة شرعًا لا لما قلتم[٢]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: الكليات (ص: ٤٨٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٠١).

|٢٦٧| مسألة:

إذا تزوج ببعض محارمه ووطأها يحد عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الأم وغيرها من ذوات المحارم ليست محلًا للنكاح في حق الولد وسائر المحارم، وعندنا من كل وجه[٣]، وعندهم هي محل في حقه من وجه[٤].

❊ **دليلنا:** أنه زانٍ، فيجب عليه الحد كما قبل العقد[٥].

وإنما قلنا أنه زانٍ؛ لأنا أجمعنا على أن قبل العقد لو وطأها كان زانيًا[٦]، فلو خرج عن كونه زانيًا فإنما يخرج بالعقد، وهذا العقد باطل قطعًا ويقينًا؛ لأنه أخطأ محله، فإن الأم ليست بمحل النكاح في حق الابن؛ بدليل الشرع والحقيقة:

أما الشرع: قول الله تبارك وتعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾، أضاف الحرمة إلى [أعنا][٧] وهذه الحرمة حرمة النكاح، فإذا كانت محرمة

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٧)، والتنبية (ص: ٢٤٢)، والمهذب (٣/٣٣٩)، وبحر المذهب (١١/٢٢٥)، والتهذيب (٧/٣٢٠)، والبيان (١٢/٣٦٢).

(٢) عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى؛ إذا كان عالما بحرمة النكاح، فإنه يحد على ذلك. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٤٨)، والمبسوط (٩/٨٥)، تحفة الفقهاء (٣/١٣٩)، وبدائع الصنائع (٧/٣٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٨).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٤٨)، والمبسوط (٩/٨٥)، وبدائع الصنائع (٧/٣٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٨)، والتهذيب (٧/٣٢٠)،

(٦) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٣٩)، والوسيط (٦/٤٤٦).

(٧) هكذا كتبت في الأصل.

نكاحًا، فلا يكون محلًا.

وأما الحقيقة: فلأن النكاح لا يخلو؛ إما أن يشرع للوصلة أم للاستمتاع، إن شرع للوصلة فالوصلة حاصلة بالمحرمية فوق مايحصل من النكاح فلا حاجة إليه، وإن كان للاستمتاع فالمحرمية تأبى ذلك؛ لأن فيه إهانة على ما بَيَّنَّا، فدل أن هذا العقد باطل قطعًا فوجوده وعدمه بمنزلة واحدة، ثم قبل العقد هو زانٍ، كذا بعد العقد[1].

❁ ودليلهم: وطء بشبهة، فلا يوجب الحد كالنكاح الفاسد[2].

بيان أنه بالشبهة لأنه حصل عقيب عقد معتبر.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن هذا العقد صدر من الأهل، وصادف المحل، أما الأهلية فظاهر، وأما [٢٠٤/ب] المحلية فلأن الأم محل؛ بدليل أنها محل في حق الأجانب، والمحلية لا تختلف.

والمحلية إنما تثبت بمعانٍ فيها، وهي لا تختلف، فعلى هذا كان ينبغي أن يفيد حقيقة المحل، إلا أنه إنما لا يفيد لا يحلل في المحلية، لكن لأمر وراء المحلية، وهو أن الحل حل الوطء وفي الوطء استذلال واستفراش، وذاك نوع إهانة، والمحرم ينفي الإهانة، فلا ينعقد في حقيقة الحل، ولكن ينعقد في حق شبهة الحل؛ لأنه لا إهانة فيه، بل فيه كرامة، وهو إسقاط الحد عنه للمعنى الذي نقول: إنه لا ينعقد في حق حقيقة الحل؛ لذلك المعنى الذي

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٨)، والتهذيب (٧/٣٢٠)،

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٣٤٨)، والمبسوط (٩/٨٥)، وبدائع الصنائع (٧/٣٦).

قلنا ينعقد في حق شبهة الحل[1].

الجواب:

قولهم: وطء بالشبهة.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: أنه جعل عقب عقد معتبر.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن العقد صدر من الأهل وصادف المحل.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: أنها محل في حق الأجانب.

قلنا: لم قلتم أنها لما كانت محلًا في حق الأجانب كانت محلًا في حق الابن؟! فإن الخمر محل الانتفاع في حق الكافر، ولا يكون محلًا في حق المسلم؛ وهذا لأن المحلية تعرف بالشرع، والشرع ما جعلها محلًا في حق الابن، وجعلها محلًا في حق الأجانب.

قولهم بأن المحلية إنما تعرف بمعانٍ.

قلنا: لا نسلم، بل المحلية إنما تعرف بالشرع على ما بَيَّنَّا، ثم نقول: المحلية وإن عرفت بمعانٍ، وتلك المعاني وإن كانت موجودة، غير أن الشرع

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٤٨/٤)، والمبسوط (٨٥/٩)، وبدائع الصنائع (٣٦/٧).

لما حرم الأم نكاحًا، فقد أبطل هذه المعاني وألحقها بالعدم، فلا تورث شبهة هذا؛ كالخمر فإن صلاحية الانتفاع باقية في الخمر، لكن الشرع لما حرم الخمر أبطل تلك الصلاحية وألحقها بالعدم، حتى لا تورث شبهة في الحد، كذلك ها هنا[1]، والله أعلم.



٢٦٨| مسألة:

إذا استأجر امرأة ليزني بها فزنا بها يجب عليه الحد عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا على أن عقد الإجارة لا يحتمل أن يكون كناية عن النكاح عندنا[4]، وعندهم يحتمل[5].

* دليلنا: أنه زانٍ، فعليه الحد، كما لو زنى بها قبل أن يستأجرها[6].

وبيان أنه زانٍ أنه لو وطئها قبل العقد كان زانيًا، فكذا إذا وطئها بعد العقد؛ لأن هذا العقد باطل قطعًا، لأنه أخطأ محله؛ لأن عقد الإجارة من عقد الأموال، فمحلها المال، ومنفعة البضع ليس بمال، فصح قولنا أنه أخطأ المحل.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٩)، والتهذيب (٧/٣٢٠).

(٢) ينظر: التنبية (ص: ٢٤٢)، والحاوي الكبير (١٣/٢١٧)، والمهذب (٣/٣٣٩)، نهاية المطلب (١٧/٢٠٨)، بحر المذهب (١٣/٣١)، والتهذيب (٧/٣٢٠)، والبيان (١٢/٣٦٢).

(٣) وهذا رأي أبي حنيفة، أما صاحباه فوافقا الشافعية في هذه المسألة. ينظر: الأصل (٧/١٥٢)، والنتف (٢/٦٣٢)، والمبسوط (٩/٥٨)،

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٨).

(٥) ينظر: المبسوط (٩/٥٨).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٨).

فلأن الشرع شرع العقود وبين المحال، فشرع البيع، وبين لها محلًا، وهو منفعة الأموال، وشرع النكاح وبين له محلًا وهو البضع، فلو أنه أضاف النكاح إلى غير المحل يكون لغوًا، فكذا إذا أضاف الإجارة إلى غير المحل يكون لغوًا، فدل أن هذا عقد باطل، فلا يورث شبهة[1].

♦ **ودليلهم**: أنه وطء بشبهة، [٢٠٥/أ] فلا يوجب الحد[2].

وإنما قلنا: وطء بالشبهة؛ لأنه وجد عقيب عقد معتبر، بدليل أن عقد الإجارة يحتمل أن يكون كناية عن النكاح[3].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الإجارة وردت على المنافع، والنكاح ورد على المنافع، قد وجدت المشابهة بينهما في المعنى الخاص، فينبغي أن تنعقد حقيقة النكاح، إلا أن منافع البضع عندنا في حكم الأجزاء شرعًا لا حقيقة، بل في الحقيقة كسائر منافع الأعضاء، فلما أنه وجد إيصال في المعنى الخاص من حيث الحقيقة؛ قلنا بأنه ينعقد في حق شبهة الحل حتى يورث شبهة في منع الحد عملًا بكلا الدليلين[4].

الجواب:

قولهم: وطء بالشبهة.

قلنا: لا نسلم.

---

(١) ينظر: المرجع السابق.
(٢) ينظر: المبسوط (٥٨/٩).
(٣) ينظر: المبسوط (٦١/٥).
(٤) ينظر: المبسوط (٥٨/٩).

قولهم: حصل عقيب عقد معتبر.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن عقد الإجارة يصلح أن يكون كناية عن النكاح.

قلنا: لا نسلم؛ بدليل أنه لا ينعقد النكاح حقيقة، فلو كان يصلح لانعقد؛ لأن عندكم النكاح ينعقد بالكناية[1].

قولهم: بأن منفعة البضع ملحقة بالأجزاء.

قلنا: هذا المعنى هل يبقى الاحتمال أم لا؟! فإن قلتم: لا يبقى، وجب أن ينعقد، وإن قلتم: يبقى، فلا يورث شبهة، ثم نقول: هذا الاحتمال ينقطع بقوله: لأزني بك، فإن هذا اللفظ صريح في أنه لم يرد به النكاح، والكناية لا تعمل مع الصريح، فدل أن هذا الكلام مما لا يستقيم[2]، والله أعلم.



|٢٦٩| مسألة:

اللواط[3] يوجب الحد[4]..............................

(١) ينظر: المبسوط (٥/٥٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢١٩)، وبدائع الصنائع (٢/٢٢٩).

(٣) اللواط: الالتصاق، وقوله الولد ألوط أي ألصق بالقلب، وكذلك كل شيء لصق بشيء فقد لاط به يلوط لوطا. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/١٨)، ولسان العرب (٧/٣٩٥).

(٤) واختلفوا في طريقة حده على قولين: القول الأول: أن حده حد الزنا، وهذا هو المشهور من مذهب الشافعي والقول الآخر: أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به. ينظر: الأم (٧/٥٩)، ومختصر المزني (٨/٣٦٨)، واللباب (ص: ٣٨٥)، والإقناع (ص: ١٦٨)، والحاوي الكبير (١٣/٢٢٢).

عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اللواط في معنى الزنا ومثله عندنا[٣]، وعندهم لا يكون في معنى الزنا[٤].

❊ دليلنا: أن اللواط مثل الزنا وفي معناه، فوجب أن يتعلق به مثل ما يتعلق بالزنا[٥].

كالقتل بالسكين لما كان مثلًا للقتل بالسيف يتعلق به مثل ما يتعلق به، كذلك ها هنا؛ وبيان أنه مثله الصورة والمعنى والحكم:

أما الصورة: فلأن الزنا إيلاج فرج في فرج، واللواط كذلك.

وأما المعنى: فلأن الزنا قضاء الشهوة لا أنه لطلب الولد، واللواط أيضًا كذلك، ولهذا أن من لا يقول بالشرع يسوي بينهما، وبل يرجح جانب اللواط، فدل أنه مثله، ولأن الزنا يسمى سفاحًا؛ لأنه سفح الماء لا لطلب الولد، وقد وجد في اللواط سفح الماء لا لطلب الولد، بل هو أبلغ في السفح؛ لأنه في محل لا يتصور فيه الولد، أنهما يستويان في الجناية، بل الجناية في اللواط أكثر؛ لأنه قط لا يتصور أن يكون مباحًا، بخلاف الزنا،

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) وهذا رأي أبي حنيفة، أما صاحباه فوافقا الشافعية في هذه المسألة. ينظر: النتف (١/٢٦٩)، والمبسوط (٩/٧٧)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٢٢)، والبيان (١٢/٣٦٨).

(٤) ينظر: المبسوط (٩/٧٧)، وبدائع الصنائع (٧/٣٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٢٢)، والبيان (١٢/٣٦٨).




فدل أنه أبلغ في الجناية، فكان أولى بإيجاب الحد[1].

❁ ودليلهم: أن اللواط ليس بزنا [٢٠٥/ب] فلا يتعلق به حد الزنا؛ لأن حد الزنا لا يجب إلا بالزنا[2].

والدليل على أن اللواط ليس بزنا أنه يسمى لواطًا ولا يسمى زنًا، واختلاف الأسامي يدل على اختلاف المسميات، فإذا لم يكن زنًا، فلا يتعلق به حد الزنا؛ لأن الحدَّ عقوبة، والعقوبات لا يمكن إثباتها قياسًا، وإنما تثبت إما نصًا أو استدلالًا.

ولا نص ولا استدلال؛ لأن من شرط الاستدلال المساواة، ولا سواء بينهما لوجهين: أحدهما: يظهر بالنظر إلى نفس الواجب، والثاني: يظهر بالنظر إلى السبب.

أما النظر إلى الواجب: فلأن الواجب هو الحد، وأنه شرع للزجر، والزجر إنما شرع عند كثرة الفعل، وكثرة الفعل عند كثرة الدواعي؛ لأنه إذا كثرت الدواعي كثر الفعل، وإذا كثر الفعل يحتاج إلى شرع الزواجر، ولم يوجد توفر الدواعي في اللواط؛ لأن الداعي إن وجد من جانب الفاعل فلم يوجد من جانب المفعول، بخلاف الزنا؛ لأن الدواعي قد وجدت من الجانبين.

وأما النظر إلى السبب: فإن السبب الموجب للحد هو الجناية، والجناية في الزنا فوق الجناية في اللواط؛ لأن اللواط ليس إلا قضاء الشهوة، لا لطلب الولد، وقد وجد هذا في الزنا، وفيه اختلاط المياه واشتباه الأنساب،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٢٢/١٣)، والبيان (٣٦٨/١٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٧٧/٩)، وبدائع الصنائع (٣٤/٧).

ولم يوجد ذلك في اللواط ؛ فدل أنه فوق اللواط فلا يلحق به[١].

الجواب:

قولهم: اللواط ليس بزنا.

قلنا: نعم، لكن هو في معنى الزنا، ومثله على ما بَيَّنَّا.

قولهم: فلا يجب به حد الزنا.

قلنا: نحن لا نقول بأنه يجب به حد الزنا، بل يجب حد اللواط، إلا أنه مثل الزنا، فيتعلق به مثل ما يتعلق بالزنا.

قولهم: ليس اللواط في معنى الزنا [لا توفر][٢] الدواعي لم يوجد فيه.

قلنا: كثرة الدواعي لا يراد لعينه، وإنما يراد بكثرة الفعل، وكثرة الفعل ها هنا قد وجد باعتبار كثرة مخالطة الصبيان مع الرجال، فهذا المعنى يورث كثرة الفعل كالدواعي فتتحيز قلة الدواعي بهذا المعنى، فيستويان في الوجود، فيستويان في شرع الزواجر.

ثم نقول: إن لم يوجد كثرة الدواعي من جهة الطبع، فقد وجد ببدل الرغائب ؛ لأنه محبوب النفوس.

قولهم: بأن الجناية في الزنا أكثر.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتب قوله: «لا توفر»، كما هي مثبتة في المتن، وفيما يبدو أنها من سهو الناسخ ؛ ولعله أراد قوله: «لأنّ توفر» ؛ لأن السياق إليها أقرب، والله أعلم.

قلنا: لا نسلم، بل هو مثله على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن في الزنا اختلاط المياة.

قلنا: في اللواط تضييع الماء، وإعدام النسل، كما أن في الزنا اختلاط المياه واشتباه الأنساب، فهما يستويان(١)، والله أعلم.



|٢٧٠| مسألة:

السيد يملك إقامة الحد(٢) على مملوكه عندنا(٣)، خلافًا لهم(٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن السيد يصلح أن يكون نائبًا عن الله تعالى عندنا [٢٠٦/أ]، وعندهم لا يصلح(٥).

❊ دليلنا: أنَّا أجمعنا على أن السلطان يملك إقامة الحد(٦)، فكذلك السيد وجب أن يملك(٧).

لأن السلطان إنما يملك بسبب الولاية، وولاية السيد فوق ولاية السلطان.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٤٤/١٣)، والمهذب (٣٤٢/٣)، ونهاية المطلب (٢٠٩/١٧)، والتهذيب (٣٢٨/٧).

(٢) المقصود بذلك الحدود التي هي محض حق الله. ينظر: المبسوط (٨٠/٩)، والحاوي الكبير (٢٤٦/١٣).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٤٦/١٣)، والمهذب (٣٤٢/٣)، ونهاية المطلب (٢٠٩/١٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٨٠/٩)، وبدائع الصنائع (٥٧/٧).

(٥) ينظر: المبسوط (٨١/٩)، وبدائع الصنائع (٥٧/٧).

(٦) ينظر: المبسوط (٨١/٩)، والحاوي الكبير (٢٤٦/١٣).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٢٤٦/١٣)، والمهذب (٣٤٢/٣)، ونهاية المطلب (٢٠٩/١٧).

وإنما قلنا: أن ولاية السيد فوقه؛ لأن الولاية قدرة شرعية، وقدرة السيد فوق قدرة الإمام؛ لأن ولاية الإمام لكون الناس رعاياه، والرعايا أحرار ملاك أنفسهم، وولاية السيد لكونه مالكًا والعبد مملوكًا؛ ولأن الإمام ولايته لكونه ناظرًا أو وادعًا، وولاية السيد لكونه مالكًا، ويكون المحل مملوكًا وولاية المالكية فوق ولاية الناظرية، فدل أن ولاية السيد أقوى، فكان أولى بالإقامة؛ ولهذا ملك التعزير، فكذلك الحد يملكه[1].

❖ ودليلهم: أن الحد وجب حقًا لله تعالى، فلا يستوفيه إلا من هو نائب الله تعالى، ونائب الله هو الإمام[2].

بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه يستوفي سائر حقوق الله تعالى.

وأما الحقيقة: فلأن لله تعالى حقوقًا على العباد، فلا بد من مستوف يستوفيه كيلا يؤدي إلى التضييع، ولا يمكن تفويضه إلى رأي كل أحد؛ لأنه يؤدي إلى التضييع والتعطيل، إما بالتواكل[3]، أو بالتخاصم، فلا بد من تعيين أحد، فالشرع عين الإمام للاستيفاء، وإذا صار الإمام معينًا فغيره يصير أجنبيًا عنه، وإن كان له نوع اختصاص كالقريب، فإن الإمام لما صار معينًا صار القريب أجنبيًا حتى لا يجوز للأب استيفاء الحد، كذلك السيد، وإن

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٤٦)، والمهذب (٣/٣٤٢)، ونهاية المطلب (١٧/٢٠٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٩/٨١)، وبدائع الصنائع (٧/٥٧).

(٣) التواكل: تواكل القوم مواكلة ووكالا: اتكل بعضهم على بعض، واتكل عليهم: إذا كان يكل أمره الى الناس فلا يكفي نفسه. جمهرة اللغة (٢/٩٨٢)، ولسان العرب (١١/٧٣٥).

كان له نوع اختصاص[١].

الجواب:

قولهم: بأن الحد حق الله تعالى.

قلنا: لا نسلم، بل فيه حق السيد؛ لأن فيه إصلاح ملكه، ثم وإن سلمناه، لكن لم قلتم بأن السيد لا يملكه؟!

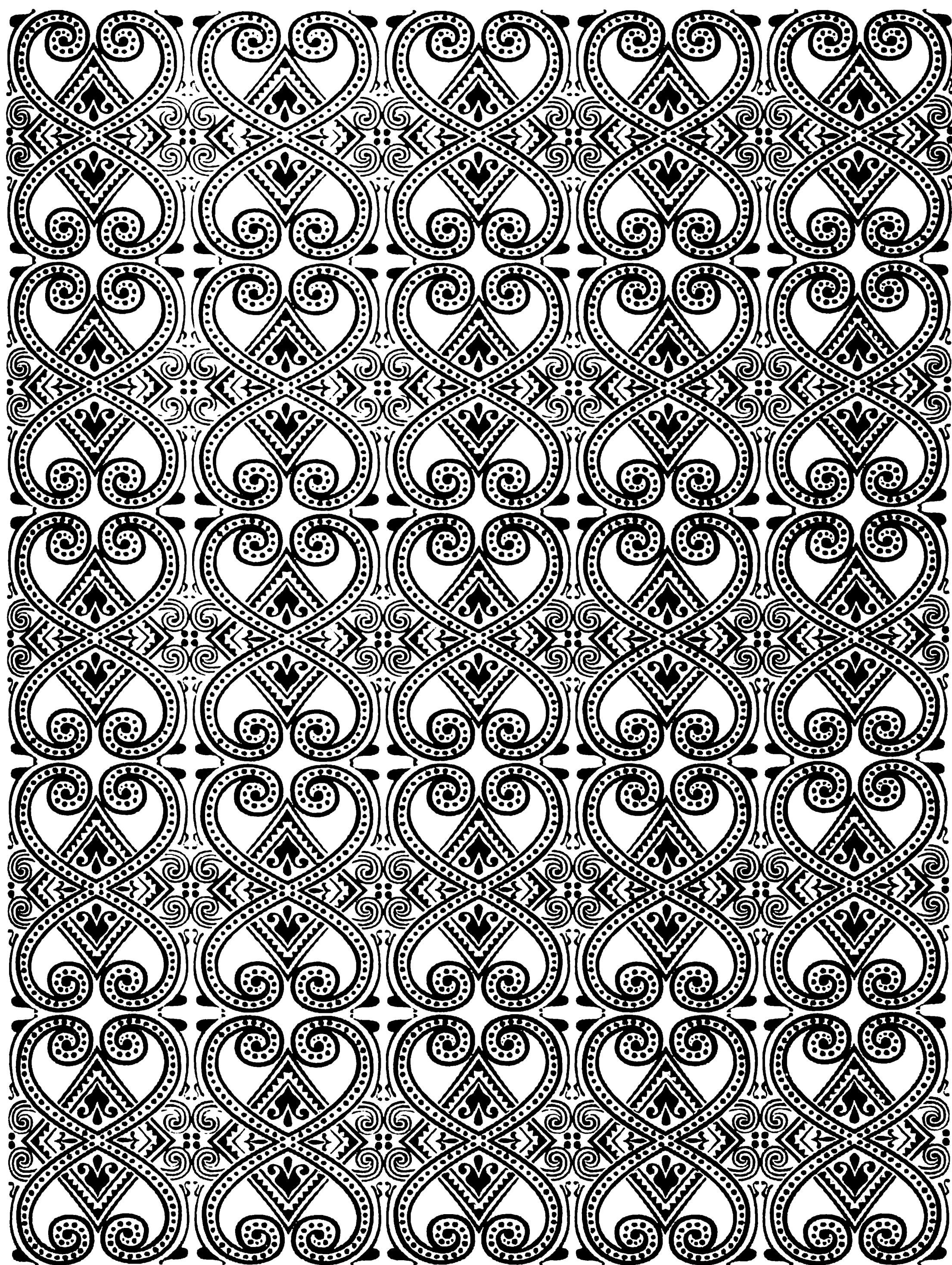
قولهم: بأنه لا يستوفيه إلا من هو نائب الله تعالى.

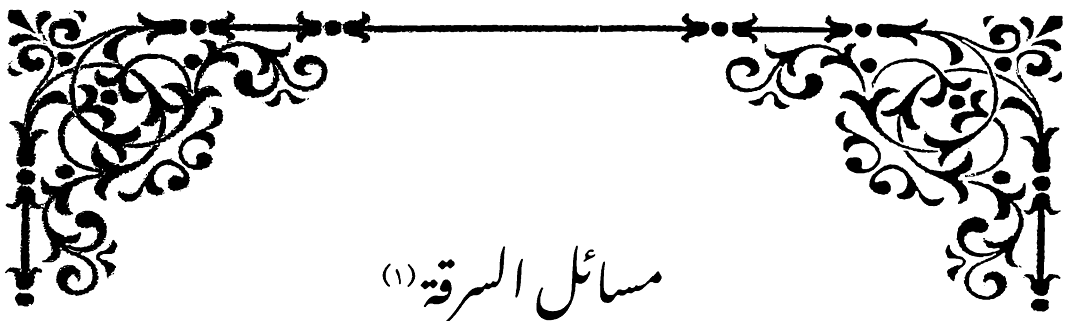
قلنا: مُسَلَّم، لكن السيد نائب الله تعالى، ولهذا ملك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك نيابة عن الله تعالى، ولهذا الفقه وهو أن الله تعالى خلق السيد خليفة لنفسه في الدنيا، إلا أنه يعتبر نوع اختصاص، والاختصاص قد وجد بالملك، وقد بَيَّنَّا أن هذا الاختصاص أقوى من اختصاص الإمام، فكان أولى به، أما القريب قلنا: كمال الولاية لم يوجد؛ لأن كمال الولاية عند الصغر، وفي تلك الحالة لا يجب الحد، بخلاف مسألتنا؛ لأن كمال الولاية موجود[٢]، والله أعلم.



(١) ينظر: المبسوط (٩/٨١)، وبدائع الصنائع (٧/٥٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٤٤).





مسائل السرقة(1)

|٢٧١| مسألة:

ما يوجد في دار الإسلام مباحًا [٢٠٦/ب] نحو الحطب والحشيش والصيد وغير ذلك يجب القطع بسرقته عندنا(2)، خلافًا لهم(3).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النعمة كاملة في هذه الأشياء عندنا(4)، وعندهم ليست بكاملة(5).

❊ دليلنا: أن سبب وجوب القطع وجد، فوجب أن يجب، كسرقة غيرها من الأموال(6).

وإنما قلنا ذلك، لأن سبب القطع سرقة نصاب تام من حرز مثله، لا

---

(١) السرقة لغة: السين والراء والقاف أصل يدل على أخذ شيء في خفاء وستر. ينظر: مقاييس اللغة (١٥٤/٣)، ولسان العرب (١٥٥/١٠). وفي الاصطلاح: أخذ مكلّفٍ خفيةً قدر عشرة دراهم مضروبةٍ محرزةٍ بمكانٍ أو حافظٍ. ينظر: كنز الدقائق (ص: ٣٦١)، وملتقى الأبحر (ص: ٣٧٨).

(٢) ينظر: المهذب (٣٥٦/٣)، والوسيط (٤٦٦/٦)، والحاوي الكبير (٢٧٦/١٣)، ونهاية المطلب (٢٢٤/١٧)، وبحر المذهب (٥٨/١٣).

(٣) ينظر: الأصل (٢٦٣/٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٩٤/٦)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠١)، والنتف (٦٥١/٢)، وتحفة الفقهاء (١٥٣/٣).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٢٧٧/١٣)، والتهذيب (٣٦١/٧). والبيان (٤٤٠/١٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٩٤/٦)، وبدائع الصنائع (٦٨/٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٧٧/١٣)، والتهذيب (٣٦١/٧). والبيان (٤٤٠/١٢).

شبهة له فيه، وقد وجدت هذه المعاني؛ لأن المسألة مصورة في هذا، فوجب [المثل][1] بوجوب القطع.

أما النصاب فقد وجد؛ لأن المسألة فيما إذا بلغ قيمته نصابًا، وأما الحرز فقد وجد أيضًا؛ لأن الحرز في كل شيء على حسب ما يليق به.

وقولنا: لا شبهة فيه ظاهر؛ لأن الشبهة لو نشأت إنما تنشأ عن الإباحة، وتلك الإباحة قد زالت بالاحتواء والإحراز، فإذا زالت الإباحة لا تبقى شبهة، كالملك إذا زال لا يبقى شبهة، كذلك هاهنا[2].

❖ **ودليلهم**: أنه مال تافه، فلا يجب القطع بسرقته، كما دون النصاب[3].

وبيان أنه تافه من حيث الجنسية؛ ولأن الناس لا يرغبون في هذه الأشياء، ولهذا يوجد ملقاة على قارعة الطريق، ولا يلتفت إليه أحد؛ فدل أنه تافه، فهو كالتفاهة من حيث القدر، ثم إذا وجدت التفاهة من حيث القدر بأن كان دون النصاب لا يجب القطع له فيه، كذلك هاهنا.

وبالأولى؛ لأن ذلك تفاهة راجعة إلى الوصف، وهذه تفاهة راجعة إلى الأصل، ثم ذلك يمنع وجوب القطع، فهذا أولى؛ ولأن القطع يستدعي كمال التقوم، والتقوم غير حاصل، فإن التقوم عبارة عن العزة، والعزة لم توجد على ما بَيَّنَّا أنه تافه، فلا يجب القطع[4].

---

(١) هكذا كتبت في الأصل.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٩٤)، وبدائع الصنائع (٧/ ٦٨).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.




الجواب:

قولهم: أنه مال تافه.

قلنا: أي شيء عنيتم به تفاهة؛ من حيث الطبع أم من حيث المالية؟! إن قلتم: من حيث المالية، فلا نسلم، وإن قلتم: من حيث الطبع، فمسلم، لكن هذا لا يمنع وجوب القطع، وخرج على هذا تفاهة القدر؛ لأن ذلك تفاهة من حيث المالية، فيمنع وجوب القطع.

قولهم: بأن التقوم قاصر غير حاصل.

قلنا: لا نسلم، بل هو كامل؛ لأن التقوم عبارة عن العصمة والحرمة، وهذا كامل.

قولهم: إنها غير عزيزة فيما بين الناس.

قلنا: العزة وعدم العزة إنما يتعلق بكثرة الوجود وقلة الوجود؛ لأن كثير الوجود مستحقر في أعين الناس، وقليل الوجود عزيز في أعين الناس، وهذا لا يدل على قلة التقوم [٢٠٧/أ][١]، والله أعلم.



|٢٧٢| مسألة:

ما تسارع إليه الفساد مثل الفاكهة الرطبة والهرايس[٢] والطبائخ يجب

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٧٧).

(٢) الهرايس: مأخوذ من الهرس، وهو: دق الشيء بالشيء العريض، وسميت الهريسة هريسة؛ لأن البر الذي تسوى الهريسة منه يدق دقا، ثم يطبخ، ويسمى صانعه هراسا. ينظر: تهذيب اللغة (٦/٧٧)، ومقاييس اللغة (٦/٤٦).

القطع بسرقته عندنا(١)، خلافًا لهم(٢).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن مالية هذه الأشياء كاملة عندنا(٣)، وعندهم قاصرة(٤).

❊ **دليلنا**: أن سبب وجوب القطع قد وجد؛ لأن السبب سرقة نصاب تام من حرز مثله لا شبهة له فيه، وقد وجد النصاب والحرز على ما بَيَّنَّا في المسألة قبلها، والشبهة أيضًا لم توجد؛ لأن الشبهة لو نشأت إنما نشأت عن تسارع الفساد.

وذلك لا يخل بالمالية؛ لأن وجوده في اليوم لا تعلق له بوجوده في الغد، حتى إن هلاكه في الغد يوجب نقصانًا في اليوم؛ ولأن أقصى ما في الباب أن الرطوبات التي فيها تفضي إلى هلاكها، ولكن إلى أن تفضي، فالمالية كاملة لا نقصان فيها كسائر الحيوانات(٥).

❦ **ودليلهم**: أن وجوب القطع يستدعي كمال المالية، والمالية قاصرة هاهنا(٦).

---

(١) ينظر: الوسيط (٤٦٦/٦)، والحاوي الكبير (٢٧٤/١٣)، ونهاية المطلب (٢٢٤/١٧)، والبيان (٤٣٨/١٢).

(٢) ينظر: الأصل (٢٢٩/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠١)، والنتف (٦٥١/٢)، والمبسوط (١٨٠/٩)، وتحفة الفقهاء (١٥٣/٣)، وبدائع الصنائع (٦٩/٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٧٥/١٣)، والبيان (٤٣٨/١٢).

(٤) ينظر: المبسوط (١٨١/٩)، وبدائع الصنائع (٦٩/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٧٥/١٣)، والبيان (٤٣٨/١٢).

(٦) ينظر: المبسوط (١٨١/٩)، وبدائع الصنائع (٦٩/٧).




لأن المال يراد للحال، والمال هذا يراد للحال دون [الحال][1] فيكون قاصرًا من هذا الوجه؛ ولأن الرطوبات التي فيها تفضي إلى هلاكها، فانعقد سبب الفساد والهلاك في الحال، ثم عند وجود الفساد انعدمت المالية، فعند انعقاد سبب الفساد يوجب نقصانًا في المالية، فلا يجب القطع بسرقته[2].

الجواب:

قولهم: أن المالية قاصرة.

قلنا: لا نسلم، بل كاملة.

قولهم: أن المال يراد للحال والمال.

قلنا: ما يبقى في المال يراد للمال، أما ما لا يبقى في المال إنما يراد للحال لا للمآل.

قولهم: بأن الرطوبات التي فيها تفضى إلى هلاكها.

قلنا: قبل الإفضاء لا يخل بالمالية لما بَيَّنَّا أن وجوده في اليوم لا تعلق له بوجوده في غد، حتى إن هلاكه في غد يوجب نقصانًا في اليوم؛ يدل عليه أن الرطوبات التي فيها هي المكملة للمالية في هذه الأشياء، لأن هذه الأشياء إنما تراد للرطوبات التي فيها، وإذا كان مكملًا للمالية كيف يكون مخلا بالمالية[3]؟! والله أعلم.

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «الحال»، كما هو هو مثبت في المتن، والصحيح قوله: «المآل»؛ لأجل استقامة سياق المعنى، ويؤيد هذا ما سيذكره في الجواب، والله أعلم.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٢٧٥).




|٢٧٣| مسألة:

يجب القطع على النباش[١] عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن السرقة والحرز[٤] موجودان ها هنا عندنا[٥]، وعندهم غير موجودين[٦].

❊ دليلنا: أن سبب وجوب القطع قد وجد، وهو سرقة نصاب تام من حرز مثله لا شبهة له فيه، وقد وجد، أما السرقة فلا شك فيها؛ لأنها عبارة عن أخذ مال الغير على جهة مسارقة الأعين، وقد وجد [٢٠٧/ب][٧].

والنصاب التام أيضًا قد وجد؛ لأن المسألة مصورة في هذا، والحرز أيضًا موجود؛ لأن حرز كل شيء موضعه[٨]، والقبر موضع الكفن، ولأن

---

(١) النباش: مأخوذ من النبش، وهو: استخراجك الشيء المدفون، ينظر: العين (٢٦٩/٦)، وجمهرة اللغة (٣٤٥/١).

(٢) ينظر: الأم (١٦١/٦)، ومختصر المزني (٣٧٠/٨)، والحاوي الكبير (٣١٣/١٣)، ونهاية المطلب (٢٥٥/١٧)، وبحر المذهب (٨١/١٣).

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف صاحب أبي حنيفة؛ حيث أن رأيه يوافق رأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: الأصل (٢٤٥/٧)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٠٤/٦)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠١)، والنتف (٦٤٨/٢)، والمبسوط (١٥٩/٩).

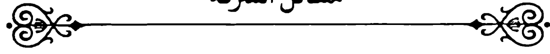
(٤) الحرز: ما أحرزك من موضع وغير ذلك. تقول: هو في حرز لا يوصل إليه، واحترزت أنا من فلان أي جعلت نفسي في حرز ومكان حريز، وقد حرز حرازة وحرزا. ينظر: تهذيب اللغة (٢٠٩/٤)، ومقاييس اللغة (٣٨/٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٤/١٣)، ونهاية المطلب (٢٥٥/١٧)، وبحر المذهب (٨١/١٣)، والبيان (٤٤٨/١٢).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٠٤/٦)، والمبسوط (١٥٩/٩)، وبدائع الصنائع (٦٩/٧).

(٧) ينظر: مقاييس اللغة (١٥٤/٣)، ولسان العرب (١٥٥/١٠).

(٨) ينظر: تهذيب اللغة (٢٠٩/٤)، ومقاييس اللغة (٣٨/٢).



حرز الشيء موضع حفظه، وموضع حفظ الكفن هو القبر؛ لأنه لا يحفظ إلا في القبر، ولأن التكفين واجب، ولولا أن القبر حرز وإلا لما كان واجبًا لأنه يكون تضييعًا والتضييع حرام.

ولأن الكفن لا يخلو؛ إما أن يتصور إحرازه، أو لا يتصور، بطل أن يقال: لا يتصور لأنه مال، وجدنا مالًا لا يتصور إحرازه، وإن تصور فلا يتصور إلا في القبر؛ فدل أن الحرز قد وجد، والشبهة أيضًا منتفية، فلا بد من القول بوجوب القطع كسرقة غير الكفن سواء(1).

❁ ودليلهم: أن وجوب القطع يستدعي وجود السرقة من الحرز، ولم يوجد واحد منهما(2).

أما بيان أن السرقة لم توجد العرف واللغة:

أما العرف: فلأنه يسمى نباشًا، ولا يسمى سارقًا، واختلاف الأسامي يدل على اختلاف المسميات.

وأما اللغة: فلأن السرقة في اللغة عبارة عن أخذ المال على جهة مسارقة عين المالك(3)؛ لأن المأخوذ منه هو المالك، فلا بد من مسارقة عينه، ولم يوجد لأن المالك ميت وليس له عين حافظة، وإنما وجد مسارقة أعين الناس، وذلك لا يصار إليها لتحقيق الفعل، بل يصار إليها للقبح؛ كالزنا

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣١٤)، ونهاية المطلب (١٧/٢٥٥)، وبحر المذهب (١٣/٨١)، والبيان (١٢/٤٤٨).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٣٠٤)، والمبسوط (٩/١٥٩)، وبدائع الصنائع (٧/٦٩).

(٣) ينظر: مقاييس اللغة (٣/١٥٤)، ولسان العرب (١٠/١٥٥).




يفعل في الخفية للقبح[١].

والحرز لم يوجد أيضًا؛ لأن القبر لا يصلح أن يكون حرزًا، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن القبر حفرة في الصحراء، ومثل هذا لا يكون حرزًا، ولأن الحرز ما يعد لحفظ الأموال عادة، والقبر ما أعد لحرز الأموال عادة، وإنما أعد لمواراة الميت؛ ولأن الكفن يوضع في القبر على ملأ من الناس، ولا يحفظ المال في العرف بهذا الطريق.

وأما الحكم: فهو أن القبر ليس بحرز بحبس الكفن؛ فدل أن الحرز لم يوجد، والسرقة لم توجد، إذن فلا يجب القطع[٢].

الجواب:

قولهم: بأن السرقة لم توجد.

قلنا: لا نسلم، بل وجدت على ما حققنا.

قولهم: بأن السرقة إنما تكون بمسارقة عين المالك.

قلنا: لا نسلم؛ لأن السرقة اسم لغوي، وفي اللغة عبارة عن أخذ المال على سبيل الخفية فحسب، لأن الأخذ على قسمين: أخذ على وجه المجاهرة، ويسمى ذلك غصبًا في اللغة[٣]، وأخذ على سبيل الخفية، وسمي

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٣٠٤)، والمبسوط (٩/١٥٩)، وبدائع الصنائع (٧/٦٩).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: تهذيب اللغة (٨/٦٢)، ومختار الصحاح (ص: ٢٢٧).




ذلك سرقة[1].

أما مسارقة عين المالك؛ فإنه فصل في الباب، فلا يعتبر، والدليل عليه: أنه لو سرق من بيت مقفل والمالك غائب يجب القطع، ولم توجد مسارقة عين المالك.

قولهم: أن المأخوذ منه [٢٠٨/أ] هو المالك.

قلنا: نعم، على معنى أنه أخذ من ملكه، لا على معنى أنه أخذ من عينه؛ بدليل البيت المقفل والمالك غائب.

قولهم: بأن مسارقة الأعين لا يصار إليه لتحقيق الفعل.

قلنا: لا نسلم، بل يصار إليه.

كذلك قولهم: بأن الحرز لم يوجد.

قلنا: لا نسلم، بل وجد وهو القبر، لكن بشرط وجود الميت فيه.

قولهم: بأنه حفرة في الصحراء.

قلنا: نعم، لكنه موضع الكفن، فيكون حرز لما بَيَّنَّا أن حرز الشيء موضعه على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الحرز ما يعد لحفظ الأموال عادة.

قلنا: بلى، لكن القبر يعد لحفظ الكفن.

قولهم: أنه معد لمواراة الميت.

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة (١٥٤/٣)، ولسان العرب (١٥٥/١٠).

قلنا: هذا هو الإلزام؛ لأن مواراة الميت بإبقاء الكفن عليه، وبقاء الكفن إنما يكون بأن يكون محفوظًا محرزًا كثوب الحي.

فإن الحي إنما يلبس الثوب لدفع الحر والبرد، لا للحفظ، ولكن دفع الحر إنما يكون بالبقاء عليه، والبقاء عليه إنما يكون بكونه محفوظًا محرزًا به، كذلك هاهنا[(١)]، والله أعلم.



|٢٧٤| مسألة:

المسروق منه إذا وهب المسروق من السارق بعد قضاء القاضي وقبل القطع لا يسقط القطع عندنا[(٢)]، خلافًا لهم[(٣)].

ومدار المسألة تحقيقًا على أن الملك الطارئ لا يورث شبهة عندنا[(٤)]، وعندهم يورث شبهة[(٥)].

❊ دليلنا: أنه قطع وجب لله تعالى، بعد تحقق سببه نظر بأن الملك بعد ذلك لا يورث شبهة في إسقاطه، كما لو زنا بجارية الغير ثم اشتراها، فإنه لا

(١) ينظر: والحاوي الكبير (٣١٥/١٣)، وبحر المذهب (٨١/١٣).

(٢) ينظر: الأم (١٤١/٦)، ومختصر المزني (٣٧٠/٨)، والإقناع (ص: ١٧٢)، والحاوي الكبير (٣٠٢/١٣)، والتنبية (ص: ٢٤٦)، والمهذب (٣٦٣/٣)، ونهاية المطلب (٢٤٦/١٧)، وبحر المذهب (٧٢/١٣)، والبيان (٤٨١/١٢).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (ص: ٢٩٤)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٧٦/٦)، والنتف (٦٥١/٢)، والمبسوط (١٨٦/٩)، وتحفة الفقهاء (١٥٥/٣)، وبدائع الصنائع (٨٩/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٠٢/١٣)، والمهذب (٣٦٣/٣)، والبيان (٤٨٢/١٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٧٦/٦)، والمبسوط (١٨٧/٩)، وبدائع الصنائع (٨٩/٧).




يسقط الحد[١]، وهذا لأن السرقة قد تمت بشرائطها.

والقطع وجب ولا إشكال فيه؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا قضى القاضي بالسرقة وبوجوب القطع، فإذا تمت السرقة وجب القطع، فالملك الطارئ لا يورث شبهة؛ لأن الشبهة إنما تورث إذا كانت موجودة حالة الفعل حتى تعمل، وهاهنا لا شبهة حالة الفعل؛ لأنها نشأت عن الملك.

والملك إنما وجد بعد ذلك بمدة، فلا يستند ولا يترامى[٢] إلى حالة السرقة، فلا يورث شبهة حالة السرقة؛ يدل عليه وهو أن الهبة وجدت من جهة العبد، فلو أثرت فإنما تؤثر في إسقاط حقه، وهو الملك، أما القطع فإنه حق الله تعالى، فتصرف العبد لا يؤثر في إسقاطه كما قلنا في الزنا[٣].

❁ ودليلهم: أنه فاتت الخصومة فيما هو من القضاء، فجعل كما إذا فاتت في القضاء، ثم لو فات في القضاء لا يجب القطع، كذلك هاهنا[٤].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الخصومة شرط في القضاء لوجوب القطع، بدليل الحقيقة [٢٠٨/ب] والحكم:

أما الحقيقة: فلأن القطع إنما يجب بسرقة مال الغير، وذلك إنما يكون بالخصومة.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٠٢)، والمهذب (٣/٣٦٣)، والبيان (١٢/٤٨٢).

(٢) يترامى: يصير إليه، ويقال: ترامى فلان إلى الظفر، أو إلى الخذلان، أي صار إليه. تهذيب اللغة (١٥/١٩٩)، ولسان العرب (١٤/٣٣٨).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٠٢)، والمهذب (٣/٣٦٣)، والبيان (١٢/٤٨٢).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢٧٦)، والمبسوط (٩/١٨٧)، وبدائع الصنائع (٧/٨٩).




وأما الحكم: فلأنه لو أقر على نفسه بالسرقة بدون الخصومة فإنه لا يجب القطع، فدل أن الخصومة من القضاء، فوجب أن يكون شرطًا في الإمضاء؛ لأن الإمضاء من القضاء، لأن القضاء لا يراد لعينه، وإنما يراد للإمضاء، فيكون الإمضاء معنى القضاء، ومعنى الشيء من جملة ذلك الشيء؛ ولأن الإمضاء مكمل للقضاء، لأن الإمضاء لا يظهر إلا بالإمضاء، ولا يعرف إلا بالإمضاء، فدل أنه مكمل للقضاء، والمكمل للشيء من جملة ذلك الشيء؛ فدل أن الإمضاء من القضاء.

ثم الخصومة معتبرة في القضاء؛ فكذلك في الإمضاء، فإذا فاتت الخصومة جعل كما إذا فات في القضاء، فصار هذا كالشهود، فإن الشهود لما كانوا معتبرين في القضاء، يعتبرون في الإمضاء، حتى إذا رجعوا وخرسوا وعموا بعد القضاء وقبل الإمضاء، سقط القطع وإنما سقط لهذا المعنى[1].

الجواب:

قولهم: فاتت الخصومة فيما هو من القضاء.

قلنا: هذا بناء على أن الخصومة شرط في القضاء، ونحن لا نسلم ذلك.

قولهم: بأن كون المال مملوكًا بغير شرط.

قلنا: بأن كان هذا شرط لا يدل على أن الخصومة شرط كحد الزنا، فإن كون البضع مملوكًا للغير شرط لوجوب [...][2]، ثم لا يدل ذلك على أن

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) في هذا الموضع في المخطوط يوحي للقارئ أن فيه سقطا؛ لكن في المخطوط ليس فيه أي=




الخصومة شرط، كذلك هاهنا.

أما إذا أقر بدون الخصومة، لا نسلم، بل يجب القطع، ثم وإن قلنا أن الخصومة شرط في القضاء، ولكن لم قلتم بأنه شرط في الإمضاء؟!

قولهم: بأن الإمضاء من القضاء.

قلنا: لا نسلم، بل القضاء غير والإمضاء غير؛ لأن القضاء إظهار الواجب، والإمضاء استيفاء الواجب، وهما غيران لقضاء الدين مع الاستيفاء.

قولهم: بأن الإمضاء مكمل للقضاء.

قلنا: لا معنى لذلك إلا أنه يراد للإمضاء، وهذا لا يدل على أنه مكمل له أو معناه؛ كالشجرة تراد للثمرة، ثم هذا لا يدل على أنه معناه، كذلك هاهنا[1]، والله أعلم.



|٢٧٥| مسألة:

القطع [والغريم][2] يجتمعان عندنا[3]، ....

= دلالة طمس أو هامش أو غيره، لكن فيما يبدو لي أن الناسخ سها وترك كلمة، والكلمة هي قوله: «الحد»؛ لأنها أقرب للمعنى، قال الماوردي: «ولأنه ملك حدث بعد وجوب الحد فوجب أن لا يسقط به الحد قياسا على ما لو زنا بأمة ثم ابتاعها أو بحرة ثم تزوجها». الحاوي الكبير (١٣/٣٠٣).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٠٣).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت هذه الكلمة «الغريم» لكن فيما يبدو لي أنها خطأ من الناسخ لأن الغريم صفة والمقصود هاهنا الفعل؛ وهي قوله: «التغريم»، والله أعلم.

(٣) ينظر: مختصر المزني (٨/٣٧١)، والإقناع (ص: ١٧٢)، والحاوي الكبير (١٣/٣٤٢)،=




خلافًا لهم[١].

❊ دليلنا: بعد معرفة مدار المسألة؛ أعني أن المال بعد القطع يبقى معصومًا حقًا للمالك عندنا[٢]، وعندهم لا يبقى[٣]، بل انتقلت العصمة إلى الله تعالى، هو أن سبب وجوب الضمان، قد وجد؛ لأن سبب الضمان أخذ مال الغير على سبيل الظلم والعدوان، وقد وجد [٢٠٩/أ] ذلك[٤].

والدليل على أن السبب هذا الشرع والمعنى والحكم:

أما الشرع: فقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٥].

وأما المعنى: فلأن الغصب بسبب الضمان، وإنما كان سببًا له باعتبار هذا المعنى؛ أعني أخذ مال الغير على سبيل العدوان، وقد وجد هاهنا هذا المعنى.

= ونهاية المطلب (٢٧١/١٧)، وبحر المذهب (٩٧/١٣)، والتهذيب (٣٨٦/٧)، والبيان (٤٩٨/١٢).

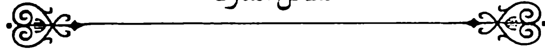
(١) ينظر: المبسوط (١٥٦/٩)، وبدائع الصنائع (٨٤/٧).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٤٣/١٣)، والتهذيب (٣٨٦/٧).

(٣) ينظر: المبسوط (١٥٧/٩)، وبدائع الصنائع (٨٥/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٤٣/١٣)، والتهذيب (٣٨٦/٧)، والبيان (٤٩٨/١٢).

(٥) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الإجارة، باب: في تضمين العارية، (٢٩٦/٣)، برقم: ٣٥٦١، والترمذي في سننه، كتاب: البيوع عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، (٥٥٧/٢)، برقم: ١٢٦٦ وابن ماجه في سننه، كتاب: الصدقات، باب: العارية، (٤٧٩/٣)، برقم: ٢٤٠٠، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، وقال في التلخيص: هو من حديث الحسن، عن سمرة، والحسن مختلف في سماعه من سمرة، وزاد فيه أكثرهم: ثم نسي الحسن فقال: هو أمينك لا ضمان عليه. وقال الألباني: حديث ضعيف. ينظر: التلخيص الحبير (١١٧/٣)، وإرواء الغليل (٣٤٨/٥).



وأما الحكم: هو أنه إذا تلف المال في يده قبل إخراجه من الحرز يجب الضمان[1]، وإنما يجب باعتبار الأخذ لا بسبب عدم الإخراج، وإذا ثبت أن السبب قد وجد فلا بد من القول بوجوب الضمان، فلو امتنع إنما يمتنع لوجوب القطع، ووجوب القطع لا يمنع وجوب الضمان؛ لأن القطع إنما وجب حقًا لله تعالى، والضمان وجب حقًا للآدمي.

ولا تمانع لا بالنظر إلى الوجوب، ولا بالنظر إلى الاستيفاء؛ فإن الوجوب صادف الذمة، وهي متسعة والاستيفاء محلهما مختلف، فلا تمانع؛ وإن [لم][2] بد من إسقاط أحدهما، فإسقاط حق الله تعالى أولى لما لا يخفى تقريره من المعنى المشهور[3].

❖ ودليلهم: أن وجوب الضمان يستدعي كون المال معصومًا لحق المالك، ولم يوجد؛ لأن العصمة انتقلت إلى الله تعالى بإيجاب القطع[4].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القطع واجب لله تعالى فيستدعي الجناية على حق الله تعالى.

ولا تتحقق الجناية على حق الله تعالى إلا بعد انتقال العصمة إلى الله تعالى؛ لأنه ليس لله تعالى حق في الأموال، بدليل أنه يجري فيه البذل والإباحة، وبدليل أن عند الإتلاف يقابل بالضمان حقًا للعبد، فدل أنه لا حق

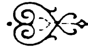
---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٤٣)، والتهذيب (٧/٣٨٦)، والبيان (١٢/٤٩٨).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت كلمة: «لم»، كما هي مثبتة في المتن، وهذا فيما يبدو لي أنها من سهو الناسخ، والكلمة الصحيحة «لا»، والله أعلم.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٤٣)، والتهذيب (٧/٣٨٦)، والبيان (١٢/٤٩٨).

(٤) ينظر: المبسوط (٩/١٥٧)، وبدائع الصنائع (٧/٨٥).




لله تعالى، فمن ضرورة وجوب القطع حقًّا لله تعالى انتقال العصمة إلى الله تعالى.

ولأن القطع عقوبة متناهية، فيستدعي جناية متناهية، والجناية المتناهية إنما تتحقق بعد انتقال العصمة إلى الله تعالى، حتى يلتحق هذا المال بالأشياء المخلوقة على الحظر والحرمة كالإبضاع، والنفوس أما قبل الانتقال فلا تكمل الجناية؛ لأن الفعل مباح بالنظر إلى الأصل؛ لأن الأصل في الأموال الإباحة[١]، فلا بد من القول بالانتقال لهذا المعنى[٢].

الجواب:

قلنا: حاصل كلامكم يؤول إلى أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى، وليس الأمر كذلك؛ لأنه أمكن القول بوجوب القطع بدون انتقال العصمة إلى الله تعالى، وهو ارتكاب النهي، كأنه جنى على حق الله تعالى بارتكاب النهي؛ لأن ارتكاب النهي جناية على حق الشرع، لأن الأوامر والنواهي حدود الدين، فلا حاجة إلى انتقال العصمة لتحقيق الجناية على حق الله تعالى [٢٠٩/ب].

قولهم: أنه لا بد من انتقال العصمة إلى الله تعالى حتى يصير الفعل جناية متناهية.

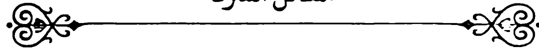
قلنا: لا حاجة إلى ذلك، بل الفعل جناية متناهية.

قولهم: بأن المال مباح في الأصل فصار الفعل حرامًا لغيره لا لعينه.

---

(١) ينظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: ٤٦٠)، والتبصرة في أصول الفقه (ص: ٥٣٤).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥٧/٩)، وبدائع الصنائع (٨٥/٧).



قلنا: جميع الجنايات محرمة لغيرها لا لعينها، ومع ذلك تكاملت الجناية فيها، كذلك هاهنا[1]، والله أعلم.



|٢٧٦| مسألة:

إذا سرق عينًا وقطعت يده، ثم جاء المقطوع يده وسرقها بعينها ثانيًا قطعت السرقة عندنا[2]، [وعندهم][3] خلافًا لهم[4].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أنه لا شبهة في هذه السرقة عندنا[5]، وعندهم الشبهة متحققة[6].

❊ دليلنا: أن السرقة الثانية مثل الأولى، فوجب أن يتعلق بها مثل ما يتعلق بالأولى؛ دليله ما إذا زنا وحد ثم زنا[7].

وبيان أنه مثل الأولى الصورة والمعنى:

أما الصورة: فظاهر، فإن الأولى أخذ المال على سبيل الحقيقة،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٤٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٣٠)، والتهذيب (٧/٣٨٧).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «وعندهم»، كما هي مثبتة في المتن، والصحيح أنها زائدة، والله أعلم.

(٤) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف؛ حيث وافق رأيه رأي الشافعية. ينظر: الأصل (٧/٢٤٨)، وشرح مختصر الطحاوي (٦/٢٨١)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠٢)، ينظر: النتف (٢/٦٥٠)، والمبسوط (٩/١٦٥)، وبدائع الصنائع (٧/٧٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٣١)، والتهذيب (٧/٣٨٧).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢٨٢)، والمبسوط (٩/١٦٥)، وبدائع الصنائع (٧/٧٣).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٣١)، والتهذيب (٧/٣٨٧).

والثانية كذلك.

وأما المعنى: فإن السرقة الثانية عدوان، ومحظور كالأولى؛ فدل أنها مثل الأولى، فوجب أن يتعلق بها مثل ما يتعلق بالأولى[1].

❦ ودليلهم: أنه سرقة تمكنت فيها الشبهة، فوجب أن لا يجب القطع بها، كما إذا وجد شبهة الملك[2].

وبيان الشبهة شبهة سقوط العصمة، لأن العصمة انتقلت إلى الله تعالى بالسرقة الأولى، وبالاسترداد إن عادت العصمة إلى المالك، إلا أنه بقي شبهة سقوط العصمة لاتحاد العين؛ لأن هذه العين غير تلك العين التي سقطت عصمته، ولأن المسقط للعصمة باقٍ وهو القطع؛ لأن القطع وإن انعدم إلا أن أثره باقٍ، فبقي ببقاء أثره، فإذا بقي المسقط لا أقل من أن يورث شبهة سقوط العصمة[3].

الجواب:

قولهم: سرقة تمكنت فيها الشبهة.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: شبهة سقوط العصمة قد وجدت.

قلنا: هذا على أن العصمة قد انتقلت، لكن بالاسترداد عادت العصمة

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٢٨٢)، والمبسوط (٩/١٦٥)، وبدائع الصنائع (٧/٧٣).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.




من كل وجه، فلا يبقى شبهة السقوط هنا؛ كالعصير إذا تخمر سقطت عصمته، فإذا تخلل عادت العصمة من كل وجه حتى لا يبقى شبهة السقوط، حتى لو سرق يجب القطع، كذلك هاهنا.

قولهم: بأن المسقط وهو القطع باقٍ.

قلنا: لا نسلم؛ لأنه انعدم وتلاشى.

قولهم: يبقى ببقاء أثره.

قلنا: إنما يكون نقله إذا أمكن، ولا يمكن؛ لأن الشيء إنما يقدر حكمًا إذا تصور حقيقة، ولا يتصور لعدم المحل[1]، والله أعلم [٢١٠/أ].



|٢٧٧| **مسألة:**

السارق يؤتى على أطرافه الأربعة عندنا[2]، وعندهم لا يقطع في الكرة التالية[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اليد اليسرى محل للقطع عندنا[4]، وعندهم ليست محلًا[5].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٣١/١٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢١/١٣)، والمهذب (٣٦٤/٣)، ونهاية المطلب (٢٦١/١٧)، والتهذيب (٣٨٢/٧)، والبيان (٤٩٢/١٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٤/٦)، والنتف (٦٥٠/٢)، والمبسوط (١٦٦/٩)، وبدائع الصنائع (٨٦/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٣/١٣)، والبيان (٤٩٣/١٢).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٨/٦)، المبسوط (١٦٧/٩)، وبدائع الصنائع (٨٦/٧).




❊ دليلنا: أنَّا أجمعنا على أن اليمين تقطع[١]، كذا اليسرى؛ لأن قطع اليمين إنما كان بالنص، والنص إنما جعل اليمنى محلًا لكونها يدًا لا لكونها يمينًا[٢].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه علق المحلية باسم [الله][٣]، وإذا ثبت أنه قطع لكونه يدًا فاليسرى يد كاليمين، فوجب أن تكون محلًا كاليمين.

ما هذا إلا كاسم الرقبة في باب الكفارة، فإن الشرع لما ورد باسم الرقبة لا جرم الكل سواء، كذلك هاهنا؛ يدل عليه وهو أن النص ورد في اليمين[٤]، والأصل أن النص إذا ورد في حكم وأمكن إلحاق غيره به فيلحق[٥]، وهاهنا أمكن الإلحاق؛ لأن اليسرى في معنى اليمنى، لأن معنى اليدية البطش، وهما في البطش سواء، فورود النص في اليمين ورود في اليسرى ضرورة[٦].

❖ ودليلهم: أن قطع اليدين إتلاف الشخص، فلا يكون مشروعًا كالقتل الحقيقي[٧].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/٨٧)، والتهذيب (٧/٣٧٩).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٢٣)، والبيان (١٢/٤٩٣).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط وردت «الله»، كما هي مثبتة في المتن، لكن الصحيح هو قوله: «اليد»، والله أعلم.

(٤) قال السرخسي «لأن ابن مسعود - رضي الله عنه - قرأ ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه. بل سماعا من رسول الله - ﷺ - فخرجت قراءته مخرج التفسير لمبهم الكتاب العزيز». بدائع الصنائع (٧/٨٦).

(٥) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام (٢/٥٧).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٣٢٣)، والبيان (١٢/٤٩٣).

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٣١٩)، المبسوط (٩/١٦٨)، وبدائع الصنائع (٧/٨٦).

وبيان أنه إتلاف الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه إذا قطع يدي حر فإنه يجب كمال الدية، وكمال الدية يجب بإهلاك الجملة[١].

وأما الحقيقة: فلأن بقاء الآدمي إنما يكون ببقاء المنافع، فإذا فات جميع المنافع صار هالكًا من كل وجه، فإذا فات منفعة الجنس صار هالكًا في حق ذلك الجنس من المنافع، وقطع اليدين تفويت منفعة الجنس، وهو منفعة البطش، فيصير هالكًا فيما يرجع إلى منفعة البطش، فدل أنه إهلاك، فلا يجوز المصير إليه؛ لأن القطع شرع زاجرًا لا متلفًا، ولهذا لا يشرع المثل، ولهذا يتوقى الحر الشديد والبرد الشديد[٢].

الجواب:

قولهم: بأن قطع اليدين إهلاك.

قلنا: لا نسلم، فإن مقطوع اليدين غير هالك؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأنه حي قائم يأكل ويمشي ويتكلم.

وأما الحكم: فلأن من قتل مقطوع اليدين يجب عليه القصاص[٣].

وأما قولهم: يجب كمال الدية بقطع اليدين.

قلنا: وجوب الدية إنما يثبت بالنص غير معقول المعنى.

---

(١) ينظر: المبسوط (٢٦/٧٠)، التهذيب (٧/١٥١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/٣١٩)، المبسوط (٩/١٦٨)، وبدائع الصنائع (٧/٨٦).

(٣) لعموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥].




قولهم: أن قوام الآدمي بالمنافع.

قلنا: قوام الآدمي بجميع المنافع، وهلاكه بهلاك جميع المنافع؛ يدل عليه وهو أنه لا يتصور وجود الآدمي بوجود منفعة، فلا يتصور هلاكه [٢١٠/ب] بهلاك منفعة واحدة.

ثم نقول: الهلاك لو حصل إنما حصل بقطع كلا اليدين، فوجب أن يمنع منهما، ومع ذلك لا يمنع، دل أن هذا الكلام لا يستقيم، ثم نقول: إن كان هذا إهلاكًا فإهلاك حكمي، والإهلاك الحكمي لا يكون معتبرًا؛ ألا ترى أنه إذا قطع يمين إنسان ويسار إنسان آخر فإنه يقطع يمينه ويساره؟! ولم يوجد منه الإهلاك، ويشرع في حقه ذلك، فدل أن الإهلاك لا يكون معتبرًا، كذلك هاهنا[١]، والله أعلم بالصواب.



٢٧٨| مسألة:

الدابة الصائلة على إنسان إذا قتلها المصول عليه دفعًا عن نفسه لا ضمان عليه عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أنها حالة الصيال غير معصومة عندنا[٤]،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٣/١٣).

(٢) ينظر: مختصر المزني (٣٧٥/٨)، واللباب (ص: ٣٨٧)، والحاوي الكبير (٤٥١/١٣)، والمهذب (٢٦١/٣)، وبحر المذهب (١٥٢/١٣)، والتهذيب (٤٣٣/٧).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (١٩٧/٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٤٥٢/١٣)، وبحر المذهب (١٥٢/١٣).




وعندهم معصومة(١)، وعلى أنه قائم بحق العصمة عندنا وعندهم(٢).

❊ دليلنا: أن سبب وجوب الضمان لم يوجد، فلا يجب(٣).

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الضمان لو وجب إنما يجب لحق المالك مراعاة لحق العصمة، وهذا الشخص قائم بحق المالك وبحق عصمته؛ لأن حق المالك والعصمة أن لا يتعرض لماله ابتداء، وهو ما تعرض لماله بل الدابة تعرضت له، وهو دافع للتعرض، فإنه قصد بهذا الدفع إبقاء نفسه على [المكامن](٤) الأصلية التي عليها قبل الصيال.

وإنما قلنا أن حق المالك لا يتعرض لماله ابتداء النص والمعنى:

أما النص: فقول النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»(٥) عنى الحرمة، وقوله: «عصموا مني»، يعني: مالي التعرض قبل الكلمة، وقبل الكلمة له التعرض فبعد الكلمة حرم التعرض ابتداء، والثاني: قال: «إلا بحقها»، استثنى حالة الحقية عن إثبات الحرمة، ودفع التعرض من حاله الحقية، فدل أن الحق أن لا يتعرض ابتداء.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/١٩٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/١٩٧)، والحاوي الكبير (١٣/٤٥٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٤٥٢)، وبحر المذهب (١٣/١٥٢).

(٤) هكذا كتبت في الأصل.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان، بَابٌ: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، (١/١٤)، برقم: ٢٥، ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله، (١/٥٢)، برقم: ٢١.




وأما المعنى: فلأن العصمة إنما تثبت بالشرع، والشرع إنما يرد به على وجه يليق بحكمة الشرع، واللائق بالحكمة مراعاة حق المالك في حرمة التعرض ابتداء لماله، أما دفع التعرض فلا إذا ثبت أن حق المالك هذا فهو لم يتعرض لماله، بل هو دافع التعرض فلا يجب الضمان، فصار هذا كالصيد في الحرم فقتله المصول إليه، فإنه لا جزاء عليه؛ لأنه قائم لحق العصمة للحرم؛ لأن حق الحرم أن لا يتعرض للصيد ابتداء، وهو [٢١١/أ] ما تعرض له بل الصيد تعرض، وهو دافع، كذلك هاهنا مثله(١).

❖ ودليلهم: تعليلًا لحالة الصيال أنه أتلف مالًا معصومًا حقًا للمالك، فوجب أن يجب عليه الضمان، كما لو أتلفه قبل الصيال(٢).

وإنما قلنا: أتلف مالًا؛ لأن البهيمة مال حالة الصيال.

وإنما قلنا: معصومًا؛ لأن المال عصمته إنما يكون بعصمة المالك، ولهذا يسقط بسقوط عصمة المالك، بأن يريد المالك، فدل أن عصمته بعصمة المالك، وعصمة المالك باقية، فكذا عصمة الدابة.

وبيان أنه كان معصومًا حقًا للمالك: أنه يستباح بإباحة المالك، دل أنه ثبت حقًا للمالك، إذا ثبت أن العصمة تثبت حقًا للمالك فلا يسقط إلا بجناية من جهة المالك، ولا جناية من جهة المالك، وإنما هي من جهة الدابة، فالعصمة التي تثبت حقًا لإنسان لا تسقط بجناية تصدر من جهة الغير؛ فصح أنه بقي معصوما، فوجب أن يكون إتلافه سببًا للضمان كسائر الأموال(٣).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٥٢/١٣)، وبحر المذهب (١٥٢/١٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١٩٧/٢).

(٣) ينظر: المرجع السابق.




الجواب:

قولهم: بأنه أتلف مالًا معصومًا.

قلنا: لا نسلم وجود العصمة؛ لأن عصمة المحل مشروط بشرط عدم الأذى من المحل، فإذا وجد الأذى زالت العصمة، وإنما كان كذلك لأن العصمة إنما تثبت ليتوفر على المالك منافع ملكه، وذلك إنما يكون بأن يغلب خيره على شره، وإذا وجد الأذى غلب شره على ملكه؛ فهو كالعصير إذا تخمر لما غلب شره على خيره لا تبقى العصمة، كذلك هاهنا.

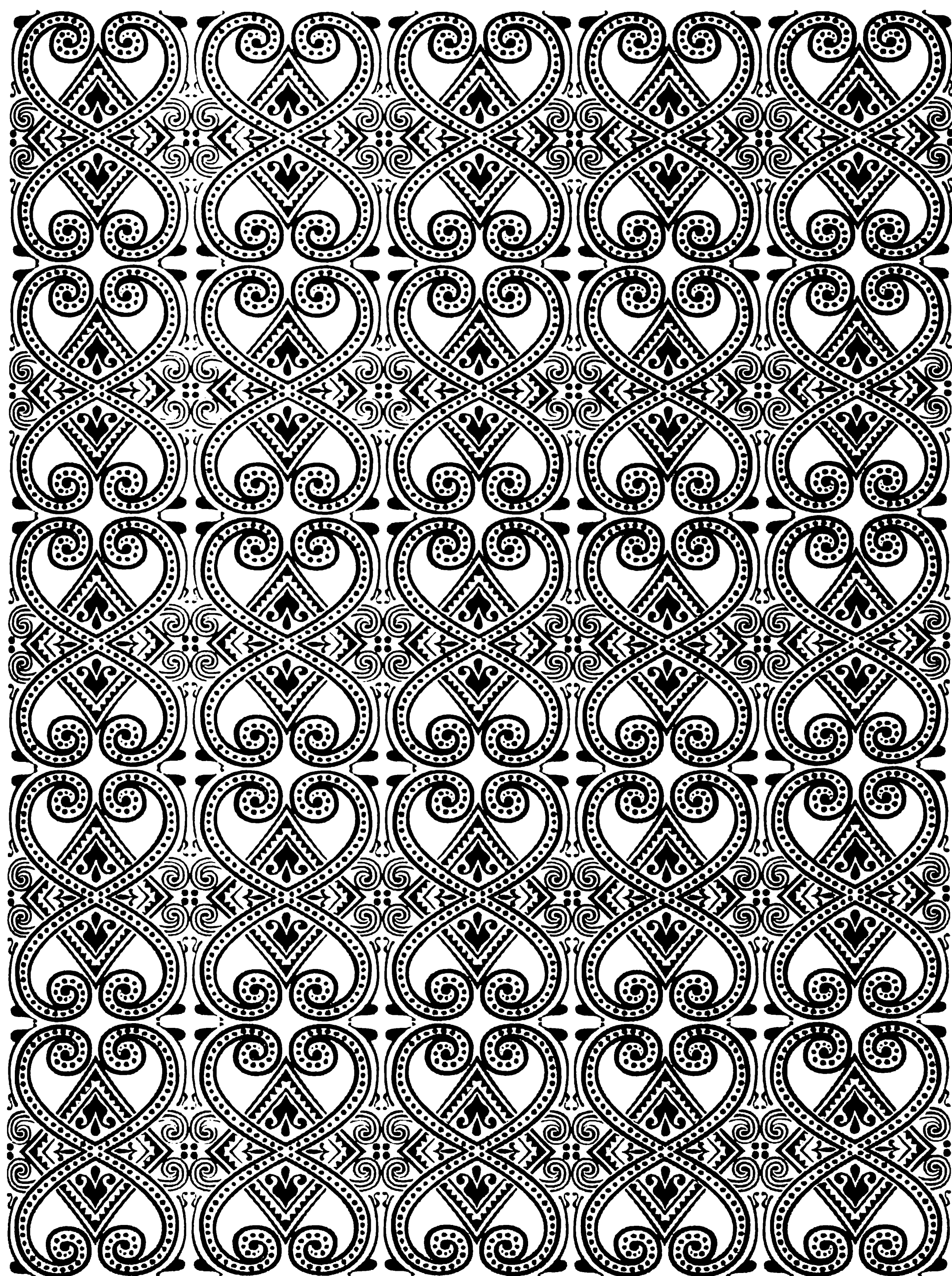
قولهم: بأن العصمة حق المالك، ولا جناية من جهته.

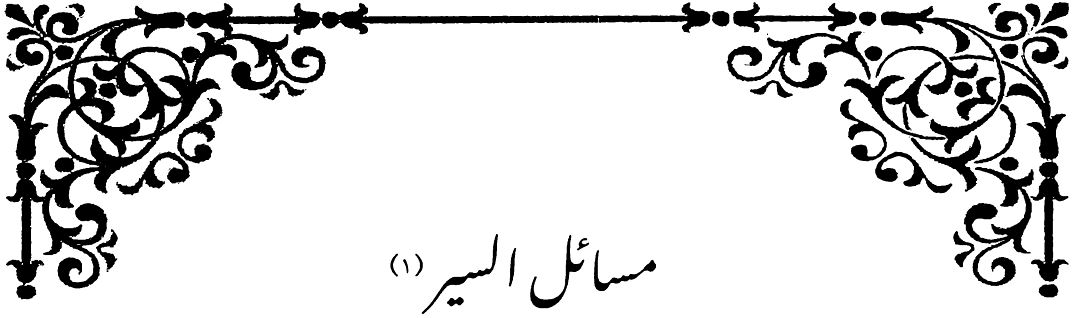
قلنا: بلى، ولكن مشروط بشرط عدم الأذى، فإذا وجد الأذى لم تبق العصمة؛ كعصمة العصير تثبت حقًا للمالك، ومع ذلك يزول، ولم توجد الجناية من جهة المالك، كذلك هاهنا.

ثم وإن سلمنا بأن المالك معصوم، لكن إتلاف المال المعصوم إنما يوجب الضمان إذا كان متعرضًا له ابتداء، أما إذا كان دافعًا فلا؛ لأنه قائم بحق العصمة والضمان لحق المالك، ففي الحقيقة أثر العصمة لا يظهر في مثل هذا الإتلاف كالصيد سواء[1]، والله أعلم بالصواب.




(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٤٥٣).





مسائل السير[1]

❊|٢٧٩| مسألة:

قسمة الغنائم في دار الحرب جائز عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الاستيلاء تام والملك ثابت عندنا[4]، وعندهم ليس بتام، والملك غير ثابت[5].

❊ دليلنا: أن الغنيمة إفراز[6] النصيبين وإفراز الملك، فيستدعي وجود

---

(١) السير لغة: تستعمل في معنيين، أحدهما: الطريقة، يقال: هما على سيرة واحدة أي طريقة واحدة، والثاني: الهيئة، قال الله ـ سبحانه وتعالى ـ ﴿سَنُعِيدُهَا سِيرَتَهَا ٱلْأُولَىٰ﴾[طه: ٢١] أي: هيئتها ينظر: مجمل اللغة (ص: ٤٨٠)، ومقاييس اللغة (١٢١/٣)، ولسان العرب (٣٨٩/٤). وفي الاصطلاح: طريقة النبي عليه الصلاة والسلام في مغازيه، وسيرة أصحابه وما نقل عنهم في ذلك، ينظر: الاختيار (١١٧/٤)، وكنز الدقائق (ص: ٣٦٩)، والنجم الوهاج (٢٨٥/٩)، ومغني المحتاج (٣/٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٤/١٤)، والمهذب (٢٩٦/٣)، وبحر المذهب (٢٢٤/١٣)، والتهذيب (١٧٣/٥)، والبيان (٢٠٨/١٢).

(٣) ينظر: الأصل (٤٣٧/٧)، والسير الصغير (ص: ١٠٩)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٣٤/٤)، ومختصر القدوري (ص: ٢٣٤)، والنتف (٧٢٥/٢)، والمبسوط (١٧/١٠)، وتحفة الفقهاء (٢٩٩/٣)، وبدائع الصنائع (١٢١/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٥/١٤)، وبحر المذهب (٢٢٥/١٣).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٣٤/٤)، والمبسوط (١٨/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢١/٧).

(٦) الفرز: فرزك الشيء عن الشيء، إذا فرقته فرزته أفرزه فرزا فهو مفروز، إذا فرقته، ينظر:=

النصيب، والملك قد وجد[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الملك ينبني على سببه، وسببه الاستيلاء، وقد وجد بصورته [٢١١/ب] ومعناه:

أما صورته: فظاهر، وهو أن الاستيلاء ليس إلا إثبات اليد على مال الغير، وقد وجد؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا وقع المال في أيديهم، والكفار صاروا منهزمين مقتولين، وولوا مدبرين.

وأما معنى: فقد وجد أيضًا فإن معنى الشيء ما يؤثر في إفادة حكمه، والمعنى المؤثر في تمام الاستيلاء هو الاستيلاء على المال، مع اعتقاد التملك، وإطلاق الشرع له ذلك، وقد وجد هذا فيكون تامًا، فيفيد الملك[2].

♦ **ودليلهم**: أنه استيلاء قاصر، فلا يكون سببًا لثبوت الملك؛ كحالة فور الهزيمة[3].

وبيان أنه قاصر هو أن الاستيلاء إثبات اليد على مال الكافر من كل وجه، وإثبات اليد من كل وجه بإزالة اليد من كل وجه، ولم توجد إزالة يد الكافر من كل وجه؛ لأن المال في دار الحرب ويدهم ثابتة على الدار، فتكون ثابتة على ما في الدار.

وبيان أن يدهم ثابتة على الدار، أن الدار تضاف إليهم، فقال: دار

= جمهرة اللغة (٧٠٧/٢)، لسان العرب (٣٩٠/٥).

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٥/١٤)، وبحر المذهب (٢٢٥/١٣).

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٣٤/٤)، والمبسوط (١٨/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢١/٧).

الحرب ؛ ولأنه لا معنى لثبوت اليد على الدار ، إلا أنهم يقومون بمصلحة الدار ، وهم يقومون بمصلحة الدار ، فدل أن يدهم ثابتة على الدار ، فهي ثابتة على ما في الدار ؛ لأن الدار مكان لما في الدار .

وثبوت اليد على المكان ثبوت اليد على ما في المكان ، ولهذا المعنى أن الرجلين إذا تنازعا في شيء ، وذلك الشيء في دار أحدهما ، فالقول قوله ، ويحكم له به ؛ لأنه صاحب اليد ، وإنما صار بهذا الطريق[1] ، فدل أن يد الكفار ثابتة من وجه ، فلا تثبت يد المسلمين من كل وجه ، فلم يتم الاستيلاء على ما بَيَّنّا .

وقال بعضهم: السبب هو الجهاد ، والجهاد لا يتم ؛ لأن تمام الجهاد بإدخال الغيظ اللازم في قلوبهم ، وذلك بالإحراز بدار الإسلام ، وكذا القهر إنما يكون بهذا الطريق ، ولم يوجد الإحراز ، فلا يتم القهر ولا الجهاد[2] .

الجواب:

قولهم: استيلاء قاصر .

قلنا: لا نسلم ، بل هو تام على ما بَيَّنَّا .

قولهم: بأن يد الكفار ثابتة من وجه .

قلنا: لا نسلم ، بل هي زائلة من كل وجه ؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا قتلوا وأسروا وانهزموا .

---

(١) ينظر: المبسوط (١٧/٣٥) ، وبحر المذهب (١٤/٤٢٧) .

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤/٢٣٤) ، والمبسوط (١٠/١٨) ، وبدائع الصنائع (٧/١٢١) .

قولهم: بأن يدهم ثابتة على الدار.

قلنا: لا نسلم؛ لأن المسلمين استولوا على الدار ونزلوا فيها وقطعوا أيديهم عنها، فكيف تثبت يدهم على الدار؟! وإنما يضاف بطريق المجاز؛ لأنها كانت في أيديهم، كقوله تبارك وتعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[1]، سماه زوجًا لما كان.

وقولهم: أنهم [٢١٢/أ] يقومون بمصلحة الدار.

قلنا: لا يدل هذا على اليد، كالولي إذا قام بمصلحة الصبي، لا يدل على اليد، كذا هاهنا، ثم إن قلنا أن يدهم ثابتة على الدار، لكن لم قلتم بأنها ثابتة على ما في الدار؟! لأن معنى اليد التمكن من الشيء حفظًا وتصرفًا، فلا تكون يدهم ثابتة على ما في الدار أصلًا، بخلاف المسائل الإلزامية؛ لأن هناك يتمكنون مما في الدار حفظًا وتصرفًا، فلهذا قلنا أن القول قول صاحب الدار، بخلاف مسألتنا[2]، والله أعلم.



|٢٨٠| مسألة:

الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها[3] بدار الحرب لا يملكون عندنا[4]، ....

(١) سورة النساء: آية ١٢.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٤/١٦٥)، وبحر المذهب (١٣/٢٢٦).

(٣) أحرز: من أحرزت الشيء أحرزه إحرازا إذا حفظته وضممته إليك وصنته عن الأخذ. ينظر: لسان العرب (٥/٣٣٣)، والقاموس المحيط (ص: ٥٠٨).

(٤) ينظر: اللباب (ص: ٣٧٤)، والتنبية (ص: ٢٣٥)، والبيان (١٢/١٩٠).

خلافًا لهم[١].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الاستيلاء ليس بسبب للملك في الأموال المملوكة عندنا[٢]، وعندهم سبب[٣].

* دليلنا: أن سبب الملك لم يوجد، فلا يثبت الملك[٤].

وإنما قلنا لم يوجد؛ لأن الموجود هو الاستيلاء، والاستيلاء لا يصلح أن يكون سببًا لملك مال المملوك؛ بدليل الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٥]، نهى عن أكل مال الغير، ثم استثنى حالة مخصوصة، فما وراء تلك الحالة بقي على الحرمة[٦].

وأما المعنى: فلأن المالك إذا كان مملوكًا لإنسان فحق الملك فيه أن لا يغلب عليه، ولا يتملك عليه، ولو قلنا: بأنه تملك بالاستيلاء، يؤدي إلى أن يكون ملكه كلا ملك، وحقه كلا حق، وهذا مما لا يجوز، فعلى هذا ينبغي أن لا يملك مال الكافر أيضًا بالاستيلاء؛ لأن ملكه ثابت.

ولهذا المعنى أن العقود معهم صحيحة، وأن رضاهم معتبر في حقوقهم

---

(١) ينظر: النتف (٢/٧٢٨)، والمبسوط (١٠/٥٢)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٠٤)، وبدائع الصنائع (٧/١٢٧).

(٢) ينظر: البيان (١٢/١٩١).

(٣) ينظر: المبسوط (١٠/٥٢)، وبدائع الصنائع (٧/١٢٨).

(٤) ينظر: البيان (١٢/١٩٠).

(٥) سورة النساء: آية ٢٩.

(٦) ينظر: تفسير الطبري (٦/٦٢٦)، ومعاني القرآن وإعرابه (٢/٤٤).

وأملاكهم، غير أن الكفار لما جحدوا الصانع عاقبهم الشرع على سوء صنيعهم في أنفسهم وأموالهم، فألحق رقابهم بالصيود من الوحش، وأموالهم بالمباحات، معاقبة لهم، وبخلاف المسلمين على ما هو معلوم[1].

❖ ودليلهم: أن الاستيلاء سبب تملكية المسلم مال الكافر، كذلك وجب أن يملك الكافر مال المسلم، كسائر الأسباب؛ نحو البيع والهبة والاصطياد وغير ذلك[2].

ونعني بالاستيلاء الاستيلاء على المال باعتقاد التملك مع الإحراز بدار المخالفة، فإن هذا سبب في حق المسلم، كذلك في حق الكافر، لأن الشرع سوّى بينهما في حق أسباب الملك؛ ألا ترى [٢١٢/ب] أنهما يستويان في سائر الأسباب؟! فكذا في حق هذا السبب، وهذا الفقه وهو أن السبب لا يراد لعينه، وإنما يراد للملك، والملك من حطام الدنيا ونعيمها، والكافر والمسلم يستويان في ذلك، بل حظ الكافر أوفر على ما هو معلوم في الكتاب والسنة.

وخرج على هذا الرقاب؛ لأن الاستيلاء ثَمّ لم يصادف المحل، لأن الله تعالى ما خلق الرقاب محلًا للتملك، لأنه ﷺ خلقهم أحرارًا، إلا أن المسلم ملك رقاب الكفر معاقبة لهم، حيث استنكفوا[3] عن عبادة الله تعالى، بخلاف المسلمين، فافترقا[4].

---

(١) ينظر: البيان (١٩٠/١٢).

(٢) ينظر: المبسوط (٥٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢٨/٧).

(٣) الاستنكاف: من الأنف، وهو الامتناع والانقباض عن الشيء حمية وعزة. ينظر: العين (٣٨٣/٥)، ومقاييس اللغة (٤٧٩/٥).

(٤) ينظر: المبسوط (٥٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١٢٨/٧).

الجواب:

قولهم: بأن الاستيلاء سبب في حق المسلمين، فوجب أن يكون سببًا في حق الكافر.

قلنا: استيلاء المسلم إنما يكون سببًا على سبيل المعاقبة، فلا يكون استيلاء الكافر سببًا لملك مال المسلم كالرقاب، فإن استيلاء المسلم سبب لملك رقاب الكفار، واستيلاء الكافر لا يكون سببًا لملك رقابهم؛ لأن ذلك إنما يكون بطريق المعاقبة.

أو نقول: استيلاء المسلم إنما يكون سببًا؛ لأنه صادف مالًا مباحًا بخلاف استيلاء الكافر، لأنه صادف مالًا معصومًا، فظهر الفرق بينهما، والله أعلم.



٢٨١ | مسألة:

من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله قاتل تجب الدية والكفارة جميعًا عندنا[١]، وعندهم تجب الكفارة دون الدية[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الإسلام عاصم عندنا[٣]، وعندهم العاصم هي الدار[٤].

---

(١) ينظر: الأم (٦/ ٣٧)، وبحر المذهب (١٣/ ٢٦٩)، والحاوي الكبير (١٣/ ٦٦)،

(٢) ينظر: المبسوط (٢٧/ ٨٤)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٠٥).

(٣) ينظر: والحاوي الكبير (١٣/ ٦٦)، وبحر المذهب (١٣/ ٢٧٠)،

(٤) ينظر: المبسوط (٢٧/ ٨٤)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٠٥).




❊ دليلنا: أنه أتلف محلًا معصومًا فوجب أن يكون مضمونًا بالدية، كما بعد الإحراز بدار الإسلام(١).

وبيان أنه معصوم هو أن العصمة بالإسلام، بدليل الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقول النبي ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»(٢).

وأما المعنى: فلأن العصمة نعمة وكرامة من الله تعالى، وللإسلام تأثير في استدعاء النعمة والكرامة، ولأن العصمة نوع احترام، وللإسلام تأثير في استدعاء الاحترام؛ ولأنه إذا أسلم أطاع المعبود، فيستحق الاحترام ضرورة جزاء على ما فعل(٣).

❊ ودليلهم: أنه غير معصوم ولا متقوم، فلا يكون مضمونًا بالدية كالحربي(٤).

وإنما [٢١٣/أ] قلنا أنه غير معصوم؛ لأن العصمة بالدار لا بالإسلام، لأن الإسلام لا يصلح عاصمًا، لأن العصمة نعمة دنيوية، والإسلام طاعة وقربة، والطاعة لا تصلح في النعمة الدنيوية؛ لأن وضع الشرع لا يجوز تغييره.

والشرع إنما وضع الإسلام للدرجات والزلفى في دار الآخرة؛ ولأن السبب تابع للحكم لأنه يراد للحكم، فلو قلنا بأنه سبب للعصمة، يكون تبعًا

---

(١) ينظر: والحاوي الكبير (١٣/٦٦)، وبحر المذهب (١٣/٢٧٠).

(٢) سبق تخريجه في (ص: ٥٠٥).

(٣) ينظر: والحاوي الكبير (١٣/٦٦)، وبحر المذهب (١٣/٢٧٠).

(٤) ينظر: المبسوط (٢٧/٨٤)، وبدائع الصنائع (٧/١٠٥).




للنعمة الدنيوية، وهذا لا يجوز؛ لأن الإسلام عبادة خالصة لله تعالى.

فلو قلنا: بأنه سبب للعصمة، يؤدي إلى أن تكون الشركة متمكنة في العبادة، وهذا لا يجوز؛ لأن الشركة تبطل معنى العبادة، فدل أن الإسلام لا يصلح سببًا بخلاف الإحراز، فإنه يصلح سببًا؛ لأن العصمة عبارة عن الحفظ، وللدار في الحفظ؛ لأنا لا نعني بالدار حرمها وأطلالها(١)، بل نعني منعة أهل الدار، وللمنعة تأثير في الحفظ.

ولهذا المعنى [الحي](٢) يصير محفوظًا حسًا، وإذا كان للمنعة في الحفظ الحسي تأثيرًا فيكون له تأثيرًا في الحفظ شرعًا، ولأن الشرعيات [محلقة](٣) بالحسيات، ولأن العصمة عبارة عن العزة، وللدار تأثير في العزة؛ لأن الشيء إذا أحرز بالدار صار عزيزًا فدل أن العصمة بالإحراز بالدار، ولم توجد، فلا يكون معصومًا فلا توجب الدية، بخلاف الكفارة فإنها تتعلق بالعصمة [المؤثمة](٤) وهي ثابتة(٥).

الجواب:

قولهم: غير معصوم ولا متقوم.

---

(١) الأطلال: ما شخص من آثار الدار ينظر: مختار الصحاح (ص: ١٩٢)، ولسان العرب (٤٠٦/١١).

(٢) هكذا كتبت في الأصل.

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «محلقة»، كما هو مثبت في المتن والصحيح هو قوله: «ملحقة»، لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٤) هكذا كتبت في الأصل.

(٥) ينظر: المبسوط (٨٤/٢٧)، وبدائع الصنائع (١٠٥/٧).

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن الإسلام لا يصلح سببًا للعصمة.

قلنا: لا نسلم، بل يصلح.

قولهم: بأن العصمة نعمة دنيوية.

قلنا: للإسلام تأثير في نعمة دنيوية على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ ٱلْقُرَىٰٓ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّقَوْا۟ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَٰتٍ مِّنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ﴾[1]، يدل عليه وهو أن الإسلام عبادة متناهية، فتستدعى كرامة متناهية، وذلك بالثواب في الدار الآخرة، والعصمة في دار الدنيا[2]؛ كالكفر يستحق به العقوبة في الدار الآخرة والإباحة في الدنيا.

قولهم: أنه يؤدي إلى أن يكون الإسلام تبعًا.

قلنا: هذا إنما يكون إن قلنا بأن الإسلام وضع للعصمة، ولا نقول ذلك، بل وضع لنيل الدرجات في الآخرة، إلا أنه بعدما تم ما تم أفاد الملك في العصمة تبعًا. كذلك هاهنا.

وهذا هو الجواب عن قولهم: بأنه يؤدي إلى الشركة. قلنا: إنما يؤدي إن قصد به العصمة لنفسه، والتقرب إلى الله تعالى، ولا لذلك، بل قصد التقرب، إلا أن العصمة [٢١٣/ب] حصلت تبعًا كالجهاد سواء.

قولهم: بأن للإحراز تأثير.

---

(١) سورة الأعراف: آية ٩٦.

(٢) ينظر: تفسير الزمخشري (١٣٣/٢).




قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن العصمة عبارة عن الحفظ وللمنعة تأثير.

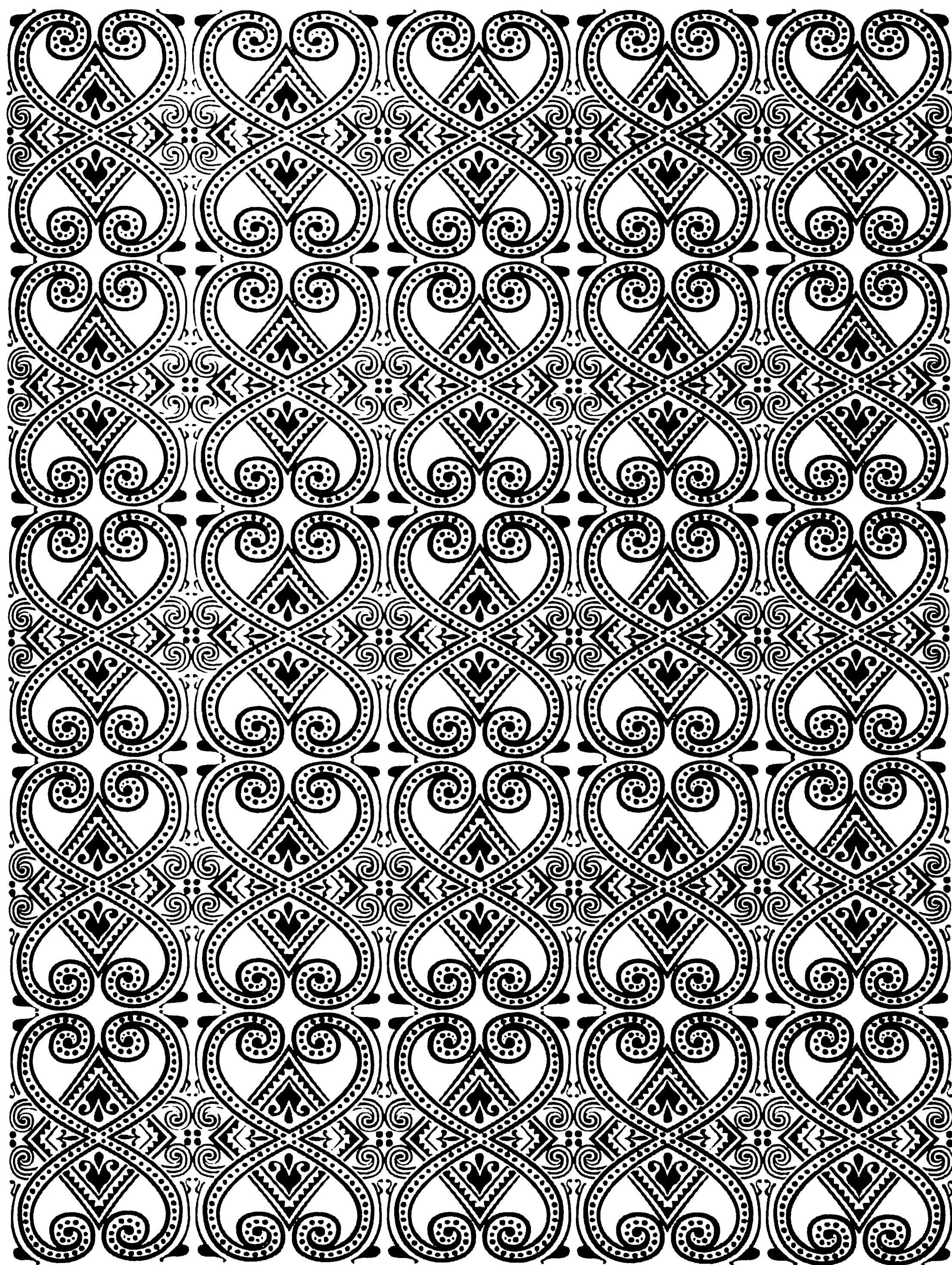
قلنا: للمنعة تأثير في الحفظ الحسي، وكلامنا وقع في الحفظ شرعي، شرعه الشارع على سبيل الكرامة، وليس للدار تأثير في ذلك.

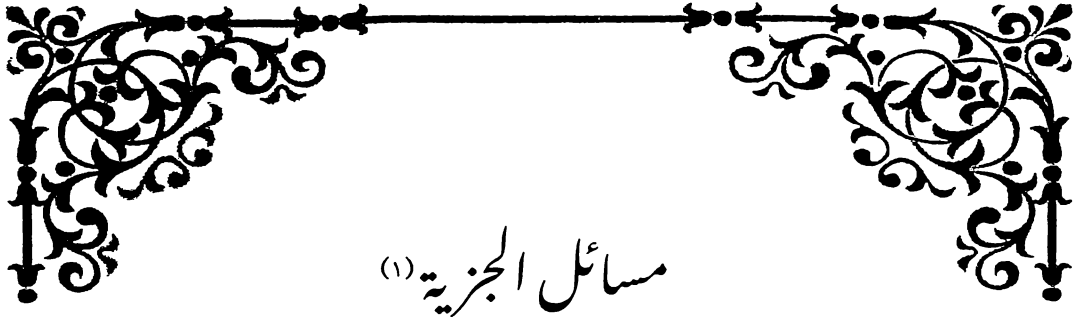
قولهم: بأن التقوم ينبني عن العزة، وللإحراز تأثير في العزة.

قلنا: كلامنا وقع في عزة شرعية شرعها الشارع على سبيل الإعزاز والكرامة، وليس للدار تأثير في مثل هذه العزة[1]، والله أعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/٦٦)، وبحر المذهب (١٣/٢٧٠).





مسائل الجزية[1]

|٢٨٢| مسألة:

الجزية لا تسقط بالإسلام ولا بالموت ولا بتداخل السنين عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الجزية عوض عن الحقن[4] والعصمة عندنا[5]، وعندهم سبيل العقوبات[6].

❊ دليلنا: أن الجزية عوض عن الحقن والعصمة، فوجب أن لا يسقط[7].

وبيان أنه كذلك أن الكافر مباح الدم والمال، فإذا باشر عقد الذمة يصير

---

(١) الجزية لغة: الخراج المجعول على الذمي، سميت جزية؛ لأنها قضاء منه لما عليه. ينظر: تهذيب اللغة (١٠١/١١)، ولسان العرب (١٤٦/١٤). والجزية في الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: الوظيفة المأخوذة من الكافر لإقامته بدار الإسلام في كل عام. ينظر: شرح الزركشي (٥٦٦/٦).

(٢) ينظر: الإقناع (ص: ١٨٠)، والحاوي الكبير (٣١٢/١٤)، والمهذب (٣٠٨/٣)، ونهاية المطلب (٣٢/١٨)، وبحر المذهب (٣٦٠/١٣)، والبيان (٢٦٠/١٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠٨/٧)، والمبسوط (٨٢/١٠)، وتحفة الفقهاء (٣١١/١)، وبدائع الصنائع (١١٢/٧).

(٤) أي: عوضا عن حقن دمه. ينظر: الحاوي الكبير (٣١٣/١٤)، والمهذب (٣٠٨/٣)،

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٣/١٤)، والمهذب (٣٠٨/٣)، وبحر المذهب (٣٦٠/١٣)،

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠٩/٧)، والمبسوط (٨٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١١٢/٧).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٣/١٤)، والمهذب (٣٠٨/٣)، وبحر المذهب (٣٦٠/١٣)، والبيان (٢٦٠/١٢).

دمه وماله معصومًا.

فعقد الذمة أوجب له العصمة في المال والبدن، وأوجب عليه المال، فما وجب عليه يكون في مقابلة ما حصل له؛ لأن وضع الشرع أن كل سبب أوجب للإنسان شيئًا، وأوجب عليه شيئًا، فما وجب له يكون مقابلة ما وجب عليه، كالبيع والنكاح وغير ذلك، كذلك هاهنا.

وإلى هذا أشار علي رضي الله عنه حيث قال: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا»[1]، وكذا الإمام إذا باشر عقد الذمة يقول: عاهدتك بعشرة دراهم في كل سنة، وهذا مال التعويض، فدل أنه عوض عن الحقن، فإذا مضت السنة تقرر الحقن في هذه المدة، فإذا تقرر المعوض تقرر العوض ضرورة، فلا يسقط بعد التقرر كسائر الأعواض[2].

❖ ودليلهم: أن الجزية وجبت خلفًا عن النصرة بالبدن، فإذا أسلم فقد قدر على الأصل، فوجب أن يسقط الخلف[3].

وإنما قلنا أنه خلف عن النصرة؛ لأن الذمي من أهل دار الإسلام بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأنه يعتقد التوطن في دار الإسلام.

وأما الحكم: فلأنه لو أراد الالتحاق بدار الحرب لا يمكن، فدل أنه من

---

(١) ينظر: نصب الراية (٣/٣٨١)، والدراية (٢/١١٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٤/٣١٣)، والمهذب (٣/٣٠٨)، وبحر المذهب (١٣/٣٦٠)، والبيان (١٢/٢٦٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٢٠٩)، وبدائع الصنائع (٧/١١٢).

أهل دار الإسلام، فوجب عليه الذب[1] عن دار الإسلام؛ [٢١٤/أ] لأن من كان من أهل دار الإسلام وجب عليه الذب معقولًا ومشروعًا:

أما المشروع: فلأنه لو وقع النفير العام وجب على كل أحد الذب عن الدار، سواء كان مسلمًا أو كافرًا.

وأما المعقول: فلأن دار الإسلام دار لها أعداء، فكل من كان من أهل الدار وجب عليه الذب عنها، وحفظها عن أعدائها؛ كما قلنا في النفس، لأن من كان له أعداء وجب عليه حفظ نفسه عن الأعداء.

فإذا ثبت أن النصرة والذب وجب عليه، غير أنه ليس من أهل النصرة بالبدن، فالشرع حجر عليه في النصرة في البدن، فصار عاجزًا في حقه النصرة بالبدن، ولهذا المعنى تضرب إلى المقابلة، والمؤثر فيه الذين يذبون عن دار الإسلام، إلا أنه خلف في حق المسلم.

أما في حق الذمي فعقوبة؛ لأنه من أهل العقوبة، فإذا أسلم فقد قدر على الأصل، فوجب أن يسقط الخلف[2].

الجواب:

قولهم: بأن الجزية وجبت خلفًا عن النصرة بالبدن.

قلنا: لا نسلم.

---

(١) الذب: الدفع والمنع، والذب: الطرد. ينظر: مختار الصحاح (ص: ١١١)، ولسان العرب (٣٨٠/١)،

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٠٩/٧)، المبسوط (٨٢/١٠)، وبدائع الصنائع (١١٢/٧).

قولهم: بأن الذمي من أهل دار الإسلام.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: عقد الذمة يراد للتوطن في دار الإسلام.

قلنا: بإرادة التوطن لا يصير أهلًا؛ لأنه كافر، والكافر كيف يكون من أهل دار الإسلام؟!

قولهم: لو أراد اللحوق بدار الحرب لا يمكن منه.

قلنا: لا نسلم، ثم وإن سلمنا أنه من أهل دار الإسلام لكن ما قلتم وجب عليه النصرة، فإنه ليس من أهل النصرة؛ لأن النصرة طاعة وقربة، فإذا لم يكن من أهلٍ بالبدن فكيف يجب الجزية خلفًا؟!

لأنه لا بد أن يكون من أهل الأصل حتى يجب الأصل ثم يعجز عنه فيصار إلى الخلف، فإذا لم يكن كذلك لا يجب الخلف، ثم نقول: بأن النصرة لا تجب على الذمي؛ لأنه من أهل الدار تبعًا، ومن كان من أهل الدار تبعًا لا يجب النصرة كالنسوان والصبيان، فإنهم لما كانوا أتباعًا في دار الإسلام، لا يجب عليهم الذب والنصرة، كذلك هاهنا.

ثم نقول: لو وجبت النصرة وجب أن تجب بالبدن؛ لأنه من أهل ذلك، بدليل أنه لو وقع النفير العام وجب عليه الذب بالبدن، ولأن الإمام لو استعان بطائفة منهم يجوز، فدل أنه من أهل النصرة بالبدن، فلا حاجة إلى الخلف[1]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٣/١٤)، وبحر المذهب (٣٦١/١٣).






|٢٨٣| مسألة:

الاعتبار في ضرب [الجندية][1] بالكتاب [٢١٤/ب] عندنا[2]، وعندهم بالنسب[3].

فعندنا تضرب الجزية على أهل الكتاب عربيًا كان أو عجميًا[4]، وعندهم يضرب على العجمي سواء كان له كتاب أو لم يكن له كتاب، وأما العرب فلا[5].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الجزية ليست في معنى الاسترقاق عندنا[6]، وعندهم هو في معناه[7].

---

(١) وردت في هذا الموضع في المخطوط لفظة: «الجندية»، كما هو مثبت في المتن لكن الصحيح هو قوله: «الجزية»؛ لأن السياق يرجحه، والله أعلم.

(٢) الصحيح من مذهب الشافعي أنه يجوز أخذ الجزية من له كتاب أو شبهة كتاب، كالمجوس، وإنما الخلاف وقع في من ليس له كتاب أو شبهة كتاب. ينظر: الأم (١٨٢/٤)، ومختصر المزني (٣٨٤/٨)، واللباب (ص: ٣٧٥)، والإقناع (ص: ١٨١)، والحاوي الكبير (١٥٣/١٤).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١١/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٣٦)، والنتف (١٩٠/١)، والمبسوط (١١٨/١٠)، تحفة الفقهاء (٣٠٧/٣).

(٤) ينظر: ينظر: الأم (١٨٢/٤)، ومختصر المزني (٣٨٤/٨)، واللباب (ص: ٣٧٥)، والإقناع (ص: ١٨١)، والحاوي الكبير (١٥٣/١٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١١/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٣٦)، والنتف (١٩٠/١)، والمبسوط (١١٨/١٠)، تحفة الفقهاء (٣٠٧/٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٤/١٤)، وبحر المذهب (٢١٣/١٣).

(٧) ينظر: المبسوط (١١٨/١٠)، وتحفة الفقهاء (٣٠٧/٣)، وبدائع الصنائع (١١١/٧).




❊ دليلنا: أنه كافر لم يتمسك بكتاب ولا شبهة كتاب، فلا يجوز ضرب الجزية[١].

لأن دلائل الإسلام بعدما ظهرت براهينه بعدُ ما تحققت، فلا يتسع من الكافر إلا بالإسلام أو السيف؛ لأن الأنبياء إنما تغوطوا[٢] لبسط الإسلام ونفي الشرك على ما هو معلوم.

فلا ينبغي أن يجوز ضرب الجزية على ما بَيَّنَّا؛ لأن فيه تقريرًا على الكفر، غير أنَّا تركنا هذا الأصل بالنص، والنص ورد في حق أهل الكتاب، فالحكم يقتصر عليه، ولا يمكن إلحاق غيرهم بهم؛ لأن الجزية نهاية في التخفيف، فإنما تشرع في حق من يستحق التخفيف.

وأهل الكتاب يستحقونه؛ لأن في كفرهم نوع خفة، لأنهم يتمسكون بكتاب وينتمون إلى نبي، والكتاب يدعو إلى الكتاب، والنبي يدعو إلى النبي، بخلاف غير أهل الكتاب؛ لأنه لم يوجد الخفة في كفرهم، فلا يستحقون التخفيف[٣].

❊ ودليلهم: أنه كافر يجوز تقرير على الكفر بضرب الرق عليه، فيجوز بضرب الجزية كالمجوسي[٤].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٤/١٥٤)، وبحر المذهب (١٣/٢١٣)، والتهذيب (٧/٤٩٧).

(٢) تغوطوا: دخلوا وانغمسوا، غاط فلان في الماء يغوط إذا انغمس فيه، وهما يتغاوطان في الماء: أي: يتغامسان، ويتغاطان فيه. تهذيب اللغة (٨/١٥٢)، ولسان العرب (٧/٣٦٥).

(٣) ينظر: والحاوي الكبير (١٤/١٥٤)، وبحر المذهب (١٣/٢١٣)، والتهذيب (٧/٤٩٧).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/١٤)، والمبسوط (١٠/١١٩)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٠٧)، وبدائع الصنائع (٧/١١١).




وإنما خصصنا المجوسي بالذكر؛ لأن المجوس ليس لهم كتاب، ولا ينتمون إلى نبي، كالعجمي لا ينتمي إلى نبي، بل يقول بالنور والظلمة.

وإنما ألحقنا بالرق؛ لأن الجزية في معنى الرق من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن ضرب الرق يوجب سلامة البدن مع بقائه على الكفر، كما أن ضرب الجزية يوجب سلامة النفس مع بقائه على الكفر.

والثاني: أن بضرب الرق صار منا دارًا أو منهم اعتقادًا، كما أن بضرب الجزية صار منا دارًا ومنهم اعتقادًا.

والثالث: أنه بضرب [...][(١)] صار مسلوب النفس والمنفعة، لأن منافعه تصرف إلى المسلمين من حيث أداء الجزية، فدل أنهما يستويان، ثم يجوز ضرب الرق عليهم، فكذا الجزية ينبغي أن تجوز[(٢)].

الجواب:

كافر يجوز ضرب الرق عليه فيجوز ضرب الجزية.

قلنا: يرد على هذا الصبيان والنسوان أولًا، ثم نقول: من شرط الاستدلال المساواة، ولا مساواة بين ضرب الرق [٢١٥/أ] وضرب الجزية؛ لأن في الاسترقاق سلب النفس حكمًا، لأنه مسلوب الجزية والمالكية، فهو

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط يوحي للقارئ أن فيه سقطا، وقد يكون قوله: «الرق»؛ لأنه أقرب إل سياق المعنى، والله أعلم.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٤/٧)، والمبسوط (١١٩/١٠)، وتحفة الفقهاء (٣٠٧/٣)، وبدائع الصنائع (١١١/٧).



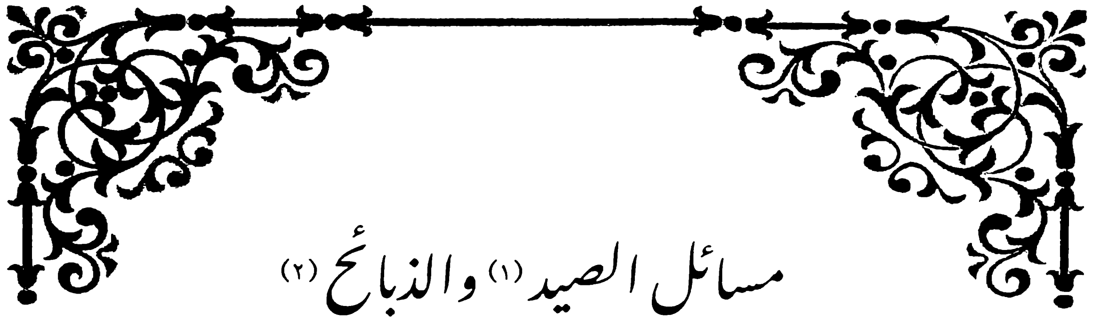

شبيه القتل معنى ؛ لأنه سلب النفس حيًا بخلاف ضرب الجزية ؛ لأنه ليس فيه سلب النفس.

وهو في نهاية التخفيف ، فيشرع في حق من يستحق التخفيف على ما بَيَّنَّا أن المجوسي القياس يقتضي أن لا يجوز ، إلا أنَّا جوزناه بالنص ، وهو قول عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: «سنوا به سنة أهل الكتاب»[(1)][(2)] ، والله أعلم.




(١) ينظر: موطأ مالك (٢/٣٩٥) ، ومسند الشافعي (ص: ٢٠٩) ، ومصنف عبد الرزاق (٦/٦٩) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٢/٤٣٥).

(٢) ينظر: والحاوي الكبير (١٤/١٥٣) ، وبحر المذهب (١٣/٢١٤).



مسائل الصيد(١) والذبائح(٢)

|٢٨٤| مسألة:

الكلب المعلم إذا أكل مما اصطاده شيئًا لا يحرم في أحد قولينا(٣)، ويحرم في الآخر(٤)، وهو مذهبهم(٥).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن ترك الأكل ليس بشرط لصحة التعليم عندنا(٦)، وعندهم شرط(٧).

❊ دليلنا: أنه صيد كلب معلم، فوجب أن يحل، كما لو لم يأكل(٨).

---

(١) الصيد لغة: الاصطياد، يقال: صاد الصيد يصيده صيدا: إذا أخذه. وصدت فلانا صيدا: إذا صدته له، ينظر: تهذيب اللغة (١٥٤/١٢)، ومقاييس اللغة (٣٢٥/٣).

(٢) الذبائح لغة: قطع الحلقوم من باطن عند النصيل، وهو موضع الذبح من الحلق. ينظر: تهذيب اللغة (٢٧١/٤)، ولسان العرب (٤٣٦/٢). وفي الاصطلاح: قطع الحلقوم، والمريء، والوَدَجين. ينظر: الإرشاد إلى سبيل الرشاد (ص: ٣٧٦).

(٣) وهذا القول هو المعتمد من مذهب الشافعية. ينظر: الأم (٢٤٩/٢)، ومختصر المزني (٣٨٩/٨)، والحاوي الكبير (٧/١٥)، والمهذب (٤٦١/١)، ونهاية المطلب (١١٢/١٨).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

(٥) ينظر: الأصل (٣٤٩/٥)، والجامع الصغير (ص: ٥٣٣)، وشرح مختصر الطحاوي (٢٤٩/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠٥)، والمبسوط (٢٢٣/١١).

(٦) ينظر: الأم (٢٤٩/٢)، والحاوي الكبير (٩/١٥)، وبحر المذهب (١١٠/٤)، والتهذيب (١٨/٨)، والبيان (٥٤٢/٤).

(٧) ينظر: المبسوط (٢٢٣/١١)، وتحفة الفقهاء (٧٤/٣)، وبدائع الصنائع (٥٢/٥).

(٨) ينظر: الأم (٢٤٩/٢)، والحاوي الكبير (٩/١٥)، وبحر المذهب (١١٠/٤)، والتهذيب=




وإنما قلنا ذلك ؛ لأن ترك الأكل ليس بشرط ، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن التعليم إنما يصار إليه ليصير الكلب آلة للمالك ، وبالاسترسال عند الإرسال والإجابة عند الدعاء ، فيصير آلة له بدون ترك الأكل.

إلا أن ترك الأكل نوع أدب ، فإذا أكل فقد أساء الأدب ، وبإساءة الأدب لا يخرج عن كونه آلة للمالك وعاملًا له ، كالسيد إذا قال لغلامه: اسقني ، فشرب أولًا ، ثم دفع إلى السيد يكون مسيئًا في الأدب ، أما لا يخرج عن كونه آلة وعاملًا له ، كذلك هاهنا(١).

❁ ودليلهم: أنه صيد كلب غير معلم فلا يحل(٢).

وبيان أنه غير معلم هو أن ترك الأكل شرط لصحة التعليم ؛ بدليل الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾(٣) ، وإنما يمسك على المالك إذا لم يأكل(٤).

وأما المعنى: فهو أن التعليم إنما يكون بترك العادة الطبيعية إلى عادة أخرى ، وذلك لا يحصل بالاسترسال عند الإرسال ، وبالإجابة عند الدعاء ؛

= (١٨/٨) ، والبيان (٥٤٢/٤).

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: المبسوط (٢٢٣/١١) ، وتحفة الفقهاء (٧٤/٣) ، وبدائع الصنائع (٥٢/٥).

(٣) سورة المائدة: آية ٤.

(٤) ينظر: تفسير الطبري (٥٦٧/٩) ، وتفسير السمعاني (١٤/٢).




لأنه بطبعه فعل هذا؛ لأن الاسترسال ليس إلا الوثوب[1] على الصيد، وهو بطبعه وثاب على الصيد، والإجابة أيضًا من طبعه؛ لأنه بطبعه ألوف مع الآدمي، يدل أن ترك الطبع الأصلي إنما يكون بترك الأكل، بخلاف الصقر والبازي[2].

الجواب:

قولهم: صيد كلب غير معلم.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: أن ترك الأكل شرط.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن التعليم إنما يكون بترك العادة الطبيعية.

قلنا: مسلم، ولكن ذلك يحصل بالاسترسال [٢١٥/ب] عند الإرسال، وبالإجابة عند الدعاء.

قولهم: بأن الكلب بطبعه وثاب على الصيد.

قلنا: بلى، ولكنه بطبعه لا يكون وثابًا عند إرسال المالك، فإذا وثب عند استرساله بإرسال المالك علمنا أنه ترك العادة الطبعية.

قولهم: بأنه الكلب ألوف بطبعه مع الآدميين.

---

(١) الوثب: الظفر بالشيء. ينظر: لسان العرب (٧٩٢/١)، والقاموس المحيط (ص: ١٤١).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٢٣/١١)، وتحفة الفقهاء (٧٤/٣)، وبدائع الصنائع (٥٢/٥).

قلنا: بلى، لكن إنما يكون ذلك عند الاستدعاء والطبع في شيء، أما بدون ذلك فلا، فلما أجاب من دون ذلك دل أنه ترك العادة الأصلية، وصار معلمًا بدون ترك الأكل[١]، والله أعلم.



|٢٨٥| مسألة:

متروك التسمية يحل تناوله عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ووافقونا في الناسي[٤].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الملة الصحيحة تقوم مقام التسمية عندنا[٥]، وعندهم لا تقوم[٦].

❊ دليلنا: أنه ذبيحة صدرت من أهل ملة صحيحة، فوجب أن تفيد الحل كما لو ترك التسمية ناسيًا[٧].

---

(١) ينظر: والحاوي الكبير (١٠/١٥)، بحر المذهب (١١١/٤).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠/١٥)، ونهاية المطلب (١١٣/١٨)، والوسيط (١٤٤/٧)، وحلية العلماء (٣٦٧/٣)، والتهذيب (٧/٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٢٥/٧)، والمبسوط (٢٣٦/١١)، وتحفة الفقهاء (٦٦/٣)، وبدائع الصنائع (٤٦/٥).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٢٥/٧)، والمبسوط (٢٣٦/١١)، وتحفة الفقهاء (٦٦/٣)، وبدائع الصنائع (٤٦/٥)، الحاوي الكبير (١٠/١٥)، وحلية العلماء (٣٦٨/٣)، والتهذيب (٧/٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٥).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٣١/٧)، والمبسوط (٢٣٧/١١)، وبدائع الصنائع (٤٦/٥).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٥)، والتهذيب (١١/٨).




وقولنا: صدرت من أهل ملة صحيحة، ظاهر لا نزاع فيه[1]؛ لأن الكلام فيما إذا كان الذابح إما ملة، وإما أهل الكتاب.

وإنما قلنا: ينبغي أن يفيد الحل؛ لأن الشرع أقام الملة الصحيحة مقام التسمية بدليل الشرع والحكم والحقيقة:

أما الشرع: فقول النبي ﷺ: «المؤمن يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم»[2].

وأما الحكم: فلأن المجوسي إذا ذبح لا يحل، وإنما لا يحل لا لعدم التسمية؛ لأنه من أهل التسمية، ولهذا يحلف في الدعاوى والخصومات[3]، فدل أنه من أهل التسمية، ولكن إنما لا يحل لعدم الملة.

وأما الحقيقة: فهي أن ترك التسمية مما يكثر وجوده من أهل هذه الصنعة،

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٤٦)، والحاوي الكبير (١٥/١١).

(٢) لم أجد هذا الحديث بهذا اللفظ. قال العراقي: «لا يعرف بهذا اللفظ ـ أي الحديث ـ فضلا عن صحته»؛ لكن روي بلفظ آخر «ذبيحة المسلم حلال، ذكر اسم الله أو لم يذكر، إنه إن ذكر لم يذكر إلا اسم الله» أخرجه أبوداود في المراسيل، كتاب: الطهارة، باب: الأضاحي ما جاء في الضحايا والذبائح، (ص: ٢٧٨)، برقم: ٣٨٧، والبيهقي في السنن الصغير، كتاب: الصيد والذبائح، باب: المسلم يذبح على اسم الله وإن لم يذكره بلسانه، (٤/٤٣)، برقم: ٣٠١٣. قال في التلخيص الحبير: «هو مرسل، ورواه البيهقي من حديث ابن عباس موصولا، وفي إسناده ضعف، وأعله ابن الجوزي بمعقل بن عبيد الله، فزعم أنه مجهول، فأخطأ بل هو ثقة من رجال مسلم، وقال البيهقي: الأصح وقفه على ابن عباس، وقد صححه ابن السكن، وقال: وروي عن أبي هريرة وهو منكر». ينظر: تخريج أحاديث الإحياء (ص: ٥٦٥)، والتلخيص الحبير (٤/٢٤٨).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢١٦)، ونهاية المطلب (١٨/٦٤٩).

تارة على سبيل النسيان، وتارة على سبيل التقصير، اعتمادًا منهم واتكالًا على العقيدة.

فلو قلنا: بإنه لا تحل الذبيحة ويجب الذكر؛ يؤدي ذلك إلى المشقة، فالشرع أقام الملة الصحيحة مقام التسمية دفعًا للضرر، ولكن إقامتها مقامها؛ لأن الملة الصحيحة داعية إلى التسمية، والشيء إذا كان يفضي إلى شيء جاز إقامته مقامه، كالسفر مع المشقة كذلك هاهنا(١).

♦ ودليلهم: قالوا: لا مجال للقياس في هذه المسألة، لأن التسمية شرط، والشرط لا يمكن إثباتها قياسًا، وإنما يثبت نصًا وتوقيفًا(٢).

وهذا لأن عمل القياس في رد المسكوت عنه إلى المنصوص عليه، وتعدية الحكم من محل النص إلى غيره، وما وجدنا اشتراط التسمية في محل ما حتى يلحق هذا بذاك، فدل أنه [٢١٦/أ] لا مجال للقياس فيه، فلا بد من اتباع النص فيه، والنص قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾(٣).

وبعضهم قال: إن الملة الصحيحة شرط بالاتفاق، وذاك لا يراد لعينه، وإنما يراد لأهلية التسمية، وأهلية التسمية إنما تراد للتسمية؛ فدل أنها شرط(٤).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/١٢)، والتهذيب (٨/١١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٢٢٨)، والمبسوط (١١/٢٣٧)، وبدائع الصنائع (٥/٤٦).

(٣) سورة الأنعام، آية: ١٢١.

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٢٢٨)، والمبسوط (١١/٢٣٧)، وبدائع الصنائع (٥/٤٦).




الجواب:

قلنا: حاصل كلامكم يؤول إلى التعلق بالآية، ولا يصح تعلقكم بها؛ لأن الآية تدل على ذكر التسمية، ولم تتعرض للأحوال، وفي الأحوال كثرة حالة الذبح وحالة الطبخ والأكل، والآية ما تعرضت لحالة دون حالة، فيكون مجملًا، ثم نقول: حاصل الكلام يؤول إلى أن التسمية شرط، ولا نزاع فيه، إنما الكلام في أن الملة الصحيحة هل تقوم مقام التسمية؟! وقد بَيَّنَّا أنه يقوم، بدليل القياس(١)، والله أعلم.



٢٨٦| مسألة:

الجنين يتذكى بذكاة الأم عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة: تحقيقًا على أن الجنين جزء من الأم من وجه عندنا(٤)، وعندهم أصل وليس بجزء أصلًا(٥).

❊ دليلنا: أن ذكاة الأم ذكاة الجنين من وجه، فوجب أن يكتفى به في

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٤٨/١٥)، والمهذب (٤٦٤/١)، والتهذيب (٢٥/٨)، والبيان (٥٥٦/٤).

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف ومحمد؛ فإن رأيهم رأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٦١/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠٦)، وتحفة الفقهاء (٦٦/٣)، وبدائع الصنائع (٤٢/٥).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٤٩/١٥)،

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٦٢/٧)، وبدائع الصنائع (٤٢/٥).




إفادة إباحة اللحم كالصيد[١].

وبيان أن الأم كذلك أن الجنين جزء من الأم من وجه، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن الجنين متصل بالأم اتصال حلقه، وأمعائه متصلة بأمعاء الأم، حتى يتغذى بغذائها، ولهذا يحتاج إلى القطع حالة الانفصال، فدل أنه جزء.

وأما الحكم: فلأنه تابع للأم في التصرفات الشرعية، نحو البيع والعتق وغير ذلك[٢]؛ فدل أنه جزء وإذا ثبت أنه جزء من الأم؛ فوجود الذكاة في الأم، وجود فيه من وجه، ووجود الذكاة من وجه كافي لحل اللحم بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأن الذكاة فيما إذا رمى إلى صيد لم يوجد من كل واحد؛ لأن الذكاة تصرف شرعي، والشرع عين لها محلًا، وهو الحلقوم[٣] واللبة[٤]، فإذا لم توجد في ذلك المحل تكون موجودة من وجه دون وجه، فدل أن الموجود في الصيد هو الذكاة من وجه دون وجه، ومع ذلك اكتفي به حتى أفاد حل اللحم.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/١٥٠)، والمهذب (١/٤٦٥)، والبيان (٤/٥٥٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٢٨/٤٦)، وبحر المذهب (١٢/٣٧٤).

(٣) الحلقوم: هو الحنجور، وهو مخرج النفس، لا يجري فيه الطعام والشراب. ينظر: تهذيب اللغة (٥/١٩٦)، تحرير ألفاظ التنبيه (ص: ١٦٤).

(٤) اللبة: جمعها لباب، وهي اللهزمة التي فوق الصدر، وفيها تنحر الإبل. ينظر: مقاييس اللغة (٥/٢٠٠)، ولسان العرب (١/٧٣٣).

وأما الحقيقة: فهي أن العجز عذر في الشرع، والشرع بنى أمر الأعذار على التوسعات والتخفيفات، والاكتفاء بالذكاة من وجه نوع تخفيف فجاز شرعه عند العجز كسائر التوسعات عند سائر الأعذار، والعجز موجود؛ فوجب أن يكتفى به[1].

❁ ودليلهم: أن الجنين حيوان على حياله، فلا يكون تبعًا لغيره في الذكاة، كما بعد الانفصال[2].

وبيان أنه منفرد [٢١٦/ب] بالحياة الشرع والمعنى:

أما الشرع: فقول الله تبارك وتعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ فَتَبَارَكَ ٱللَّهُ﴾[3]، أجمع المفسرون على أنه أراد به الحياة[4].

وأما المعنى: فلأنه لو كان تبعًا في الحياة، إنما يكون على معنى أنه يسري من الأم إلى الجنين، ولا لذلك؛ لأنه لو كان كذلك ينبغي أنه حين يخلق حيًا، ولا لذلك بل خلق ميتًا لم ينفخ فيه الروح، ولأنه لو كان تبعًا للأم في ذلك وجب أن لا يتصور بقاؤه حيًا بدون حياة الأم، [ويتصور][5] دل أنه أصل في الحياة فوجب أن يكون أصلا في الذكاة؛ لأن الذكاة تصرف في الحياة.

---

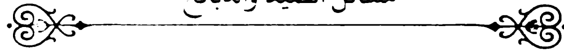
(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/١٥٠)، والمهذب (١/٤٦٥)، والبيان (٤/٥٥٦).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٢٦١)، وبدائع الصنائع (٥/٤٢).

(٣) سورة المؤمنون، آية: ١٤.

(٤) ينظر: تفسير مقاتل (٣/١٥٣)، وتفسير القشيري (٢/٥٧٠).

(٥) هكذا كتبت في الأصل.



وبعضهم قال: الذكاة إنما تكون بسفك الدم وتطييب اللحم، وله دم فلا بد من سفكه وتطييب لحمه، ولم يوجد فلا يحل[1].

الجواب:

قولهم: حيوان على حياله أو منفرد بحياته.

قلنا: حيوان على حياله من كل وجه، أم من وجه دون وجه؟! إن قلتم: من كل وجه، فلا نسلم.

قولهم: منفرد بحياته.

قلنا: بلى لكن الحياة وصفًا لجنين، وهو بجميع أوصافه وأجزائه تبع للأم، وإذا كان الحياة وصفًا فذلك الوصف أيضًا يكون تبعًا للأم فلا يفرد له حكم، ولأن الجنين خلق على وصف الجزئية، ونفخ الروح فيه إكمال لتلك الجزئية، وإذا كان في الأصل خلق جزءًا، فالإكمال والإتمام، إنما يكون على ذلك الوجه؛ لأن الإكمال استمرار ما خلق عليه.

قولهم: بأن الذكاة تصرف في الحياة.

قلنا: لا نسلم، بل تصرف في الجثة، والجنين تبعًا للأم في الجثة.

قولهم: بأن الذكاة شرعت لسفك الدم وتطييب اللحم.

قلنا: لا نسلم، بل ذاك شيء تعبدي لا يهتدى إليه، ولهذا يختص بشخص مخصوص، ولو كان كما ذكرتم وجب أن لا يختص[2]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٢٦١)، وبدائع الصنائع (٥/٤٢).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/١٥١)،

٢٨٧ | مسألة:

الأضحية(١) سنة عندنا(٢)، وعندهم واجبة(٣).

❊ دليلنا: أنا أجمعنا على أن تفريق اللحم ليس بواجب على الفقراء(٤)، ولو كانت الأضحية واجبة لوجب تفرقة اللحم كسائر الدماء الواجبة؛ نحو دم الحيوانات ودم القران وغير ذلك(٥).

وهذا لأن التفريق إذا لم يكن واجبًا بقى مجرد إراقة الدم، وإراقة الدم تلويث مكان، فلا ينبغي أن يكون واجبًا؛ لأنه لا يصلح أن يكون عبادة في نفسه، وإنما يصير عبادة بواسطة إيصال النفع إلى الفقراء، والنفع بالتفريق، فإذا لم يجب التفريق، دل أن الذبح أيضًا ليس بواجب.

ولأنه إذا لم يكن التفريق واجبًا بقي مجرد إتلاف [٢١٧/أ]، ومجرد

---

(١) الأضحية لغة: هي الشاة التي تذبح ضحوة مثل غدية وعشية، ينظر: لسان العرب (٤٧٧/١٤)، القاموس المحيط (ص: ١٣٠٤). وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: اسم لما يذبح أيام النحر بنية القربة لله تعالى، وعرفها الشافعية بأنها: ما يذبح من النعم تقربًا إلى الله تعالى يوم النحر وأيام التشريق. ينظر: الاختيار (١٦/٥)، تبيين الحقائق (٢/٦)، النجم الوهاج (٤٩٩/٩)، فتح الوهاب (٢٣١/٢).

(٢) ينظر: الأم (٢٤٨/٢)، ومختصر المزني (٣٩١/٨)، والحاوي الكبير (٧١/١٥)، والمهذب (٤٣٢/١)، وبحر المذهب (٣١/٤).

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف ومحمد؛ فإن رأيهم رأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: الأصل (٤١١/٥)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٠٥/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠٨)، والنتف (٢٣٩/١)، والمبسوط (٨/١٢).

(٤) ينظر: المبسوط (٧٦/٤)، وبحر المذهب (٢١٣/٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٧٢/١٥).

الإتلاف لا يصلح أن يكون عبادة ؛ لأنه لا يكون جائزًا فضلًا عن أن يكون واجبًا[1].

♦ودليلهم: عبادة مؤقتة لا إشكال فيه ؛ لأنها مؤقتة بيوم العيد[2].

وإذا ثبت أنها مؤقتة فتكون واجبة ؛ لأن التأقيت دليل الوجوب ؛ لأن الله تعالى خلق العباد للعبادة على ما قال الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[3]، فينبغي أن يستغرق جميع الأوقات بالعبادة، غير أن فيه حرج ومشقة، فالشرع أوجب عليه بعض العبادات، ووقتها بأوقات معلومة تيسيرًا، وفوض الباقي إلى خيرته، إن شاء فعل في باقي الأوقات، وإن شاء لم يفعل؛ فدل أن التأقيت دليل الوجوب، وخرج على هذا السنن الرواتب، فإنها مؤقتة تبعًا للفرائض، فلا يدل على الوجوب[4].

وبعضهم قال: عبادة، يضاف إليها وقتها، فوجب أن تكون واجبة، وإنما قلنا: يضاف إليها وقتها، فوجب أن تكون واجبة، وإنما قلنا: يضاف إليها الوقت ؛ لأنه يقال: عيد الأضحى، والإضافة تدل على الوجوب ؛ لأن الإضافة للتعريف[5]، فيعتبر كمال التعريف، وكمال التعريف إنما يكون بأن لا يخلو الوقت عنه، والوقت إنما لا يخلو عنه إذا كان واجبًا، فدل أن

---

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٣١٩)، والمبسوط (١٢/٨)، وتحفة الفقهاء (٣/٨١)، وبدائع الصنائع (٥/٦٢).

(٣) سورة الذاريات: آية ٥٦.

(٤) ينظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة (١/٣٦٨).

(٥) ينظر: الأصول في النحو (١/٥٣).

الإضافة تدل على الوجوب[1].

الجواب:

قولهم: عبادة مؤقتة بوقت.

قلنا: التأقيت لا يدل على الوجوب طردًا وعكسًا، أما الطرد: فالسنن الرواتب، وأما العكس: فالقضاء والكفارات؛ فإنها واجبة وليست بمؤقتة.

قولهم: بأن الشرع وقت بعض العبادات تخفيفًا.

قلنا: التخفيف في ترك التوقيت أكثر؛ لأن الصلوات إنما كانت مفوضة إلى رأي العبد، فتكون أخف عليه من أن تكون مؤقتة بحيث لا يسع له التأخير، فدل أنه لا يستقيم.

وأما قول بعضهم: بأن الإضافة تدل على الوجوب.

قلنا: لا نسلم.

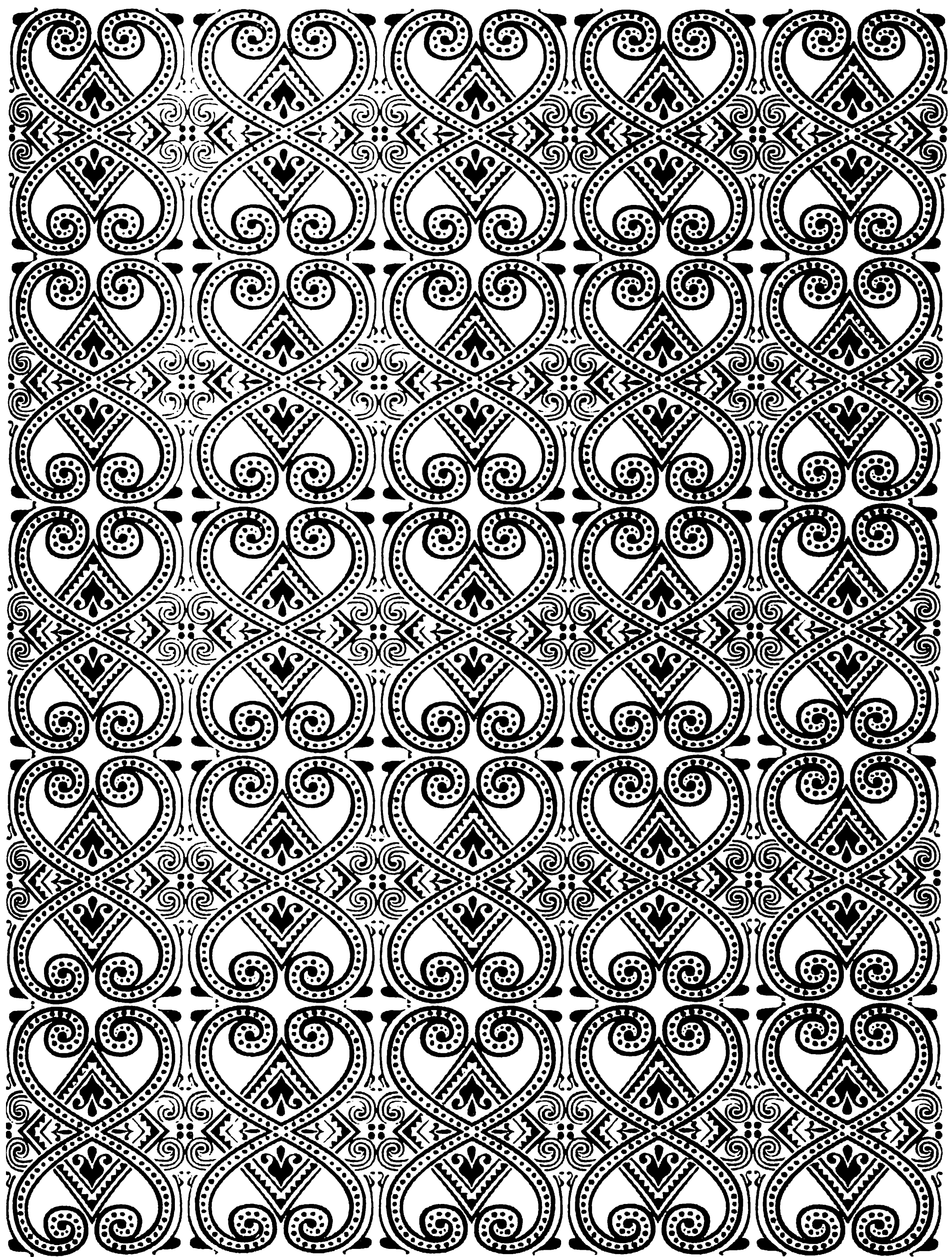
قولهم: بأن الإضافة للتعريف.

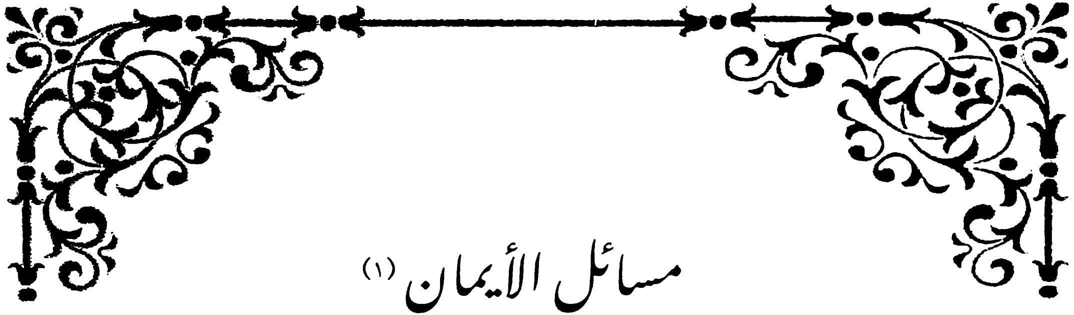
قلنا: مسلم، ولكن لا نسلم بأن كمال التعريف لا يحصل إلا بالوجوب، بل يحصل بجعله سنة مؤكدة؛ لأنه إذا جعل سنة مؤكدة لا يخلو عنه الوقت بوجه ما، فيحصل به التعريف، ولا حاجة إلى جعله واجبًا[2]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٩/٧)، والمبسوط (٨/١٢)، وتحفة الفقهاء (٨١/٣)، وبدائع الصنائع (٦٢/٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧٣/١٥).





مسائل الأيمان (1)

❖|٢٨٨| مسألة:

يمين الغموس ينعقد موجبه للكفارة عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الكفارة موجب أصلي في اليمين عندنا [٢١٧/ب](٤)، وعندهم الموجب الأصلي هو للبر، والكفارة خلف عنه(٥)، وعلى أن هذا اليمين عندنا يمين حقيقة(٦)، وعندهم يمين تسمية ومجازًا(٧).

---

(١) الأيمان لغة: جمع يمين، وهي القسم أو اليد، سمي يمينا، لأن التعاقد بالأيمان بين الناس يكون، فسميت الحلف يمينا ليمين الإنسان، والحلف من المحالفة، ينظر: حلية الفقهاء (ص: ٢٠٥)، ولسان العرب (٢٩٧/٣)، وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: عقد قوي بها عزم الحالف على الفعل أو الترك، وعرفها الشافعية: توثيق كلام غير ثابت المضمون بذكر أحد أسماء الله ﷻ، أو ذكر صفة من صفاته، بصياغة مخصوصة. ينظر: تبيين الحقائق (١٠٧/٣)، والعناية (٥٩/٥)، والفقه المنهجي (٩/٣)، كفاية النبيه (٤٠٢/١٤).

(٢) ينظر: الإقناع (ص: ١٨٩)، والحاوي الكبير (٢٦٧/١٥)، والتنبية (ص: ١٩٣)، ونهاية المطلب (٣٠٤/١٨)، والوسيط (٢٠٣/٧).

(٣) ينظر: الأصل (٢٩٨/٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٣٧٤/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢٠٩)، والنتف (٣٨١/١)، والمبسوط (١٢٧/٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٨/١٥)، وبحر المذهب (٣٧٣/١٠)،

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧٤/٧)، والمبسوط (١٢٨/٨)، وبدائع الصنائع (١٦/٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٨/١٥)، والوسيط (٢١٤/٧)، وبحر المذهب (٣٧٣/١٠)،

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧٤/٧)، والمبسوط (١٢٧/٨)، وبدائع الصنائع (١٦/٣).




❊ دليلنا: أنه يمين منعقد، فيكون موجبه الكفارة كاليمين في المستقبل[١].

والدليل على أنها منعقدة: الشرع والحكم والحقيقة:

أما الشرع: فقول الله تعالى: ﴿يَحۡلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُواْ وَلَقَدۡ قَالُواْ﴾[٢]، سماه يمينًا.

وأما الحكم: فلأن الشرع شرع اليمين في الأمور الماضية في الدعاوى والخصومات في مجالس الحكام والقضاة، والمشروع شرعًا لا بد من أن يكون به حقيقة.

وأما الحقيقة: فهي أن هذه يمين صدرت عن الأهل وصادفت المحل؛ لأن محل اليمين في المستقبل وعد فعل على قصد تحقيق الصدق والبر فيه، ومحل اليمين في الماضي خبر عن فعل على قصد وإظهار الصدق فيه، ووعد الفعل في المستقبل بمنزلة الخبر عن الفعل في الماضي، وتحقيق الصدق في المستقبل بمنزلة إظهار الصدق في الماضي، ثم ذلك ينعقد كذلك هاهنا.

ولأن اليمين في المستقبل حلف عن فعل سيوجد منه، وفي الماضي على فعل وجد منه والخبر في الموضعين واحد لا يختلف، بل المخبر عنه يختلف، ومحل اليمين الخبر لا المخبر عنه؛ ولأن محل اليمين خبر يحتمل الصدق والكذب في الماضي والمستقبل، إلا أن في الماضي المحل خبر يحتمل تحقيق الصدق، وفي الماضي خبر يحتمل إظهار الصدق، فدل أن

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٦٨)، والوسيط (٧/٢١٤)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٣).

(٢) سورة التوبة: آية ٧٤.

المحل قد وجد، فلا بد من القول بالانعقاد[١].

❁ ودليلهم: أنه يمين تسمية، ومجاز فلا يوجب الكفارة كلغو اليمين[٢].

وإنما قلنا: يمين تسمية ومجاز؛ لأن هذه اليمين أخطأ محلها.

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن محل اليمين خبر يحتمل البر.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الموجب الأصلي في اليمين إنما هو البر.

والدليل عليه النظر إلى نفس اليمين؛ لأنه إذا قال: والله لا أفعل، فمقصوده الانتهاء عن الفعل، إلا أنه أكد ذلك بالاستشهاد باسم الله تعالى، وإذا قال: والله لأفعلن، فالمقصود هو الحث على الفعل، إلا أنه أكد ذلك بالاستشهاد باسم الله تعالى، فدل أن المقصود الأصلي هو البر.

والدليل عليه من حيث الفقه، هو أن الحنث معصية، والتوقي عن المعصية واجب، وذلك إنما يكون بالبر؛ ولأن الحنث هتك حرمة اسم الله تعالى، وهتك حرمة اسم الله تعالى [٢١٨/أ] حرام[٣]، ومراعاة الحرمة واجبة، والمراعاة بالبر تحصل، فدل أن البر هو الموجب الأصلي فمحله خبر يحتمل البر، وهذا الخبر لا يحتمل فلا ينعقد به اليمين.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٧٤/٧)، والمبسوط (١٢٧/٨)، وبدائع الصنائع (١٦/٣).

(٣) قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ ومعنى (حُدُودَ الله) ما حدَّه الله جلَّ وعزَّ مما لا تجوز مجاوزته إلى غيره. ينظر: معاني القرآن وإعرابه (٣٠٨/١).




وخرج على هذا ما إذا قال: والله لأصعدن السماء، ولأقلبن الحجر ذهبًا؛ لأن البر متصور هاهنا، فينعقد لهذا المعنى، بخلاف مسألتنا[1].

الجواب:

قولهم: يمين أخطأ محلها.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: أن محل اليمين خبر يحتمل البر.

قلنا: هذا مجال يمين المستقبل لا ليمين الماضي، وهذا هو الجواب عن قولهم: موجب اليمين هو البر، فإنَّا نقول: هذا موجب يمين مستقبل، أما موجب يمين في الماضي فالكفارة؛ لأنها يمين مهتوكة، وموجب اليمين المهتوكة الكفارة.

قولهم: بأن الكفارة خلف.

قلنا: ليس كذلك، بل هو موجب أصلي كالبر، وهذا لأن اليمين وصفان: وصف الصدق، ووصف الكذب، فما دام يحتمل الصدق فموجبه البر، فإذا فات الصدق وصارت موصوفة بوصف الكذب يكون موجبه الكفارة، وهذا الفقه، وهو أن اليمين إنما توجب الكفارة لما فيها من وصف الهتك؛ لأن الكفارة مؤاخذة، والهتك يستدعي إيجاب المؤاخذة، فلا حاجة إلى تقديم البر لإيجاب الكفارة؛ لأن البر لا تأثير له في ذلك، وأحكام الشرع إنما تناط

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٣٧٤)، والمبسوط (٨/١٢٧)، وبدائع الصنائع (٣/١٦).




بالعلل المؤثرة ؛ أما بغير المؤثرة فلا ، فصار هذا كما إذا قال: والله لأصعدن السماء.

قولهم: بأن البر متصور.

قلنا: هذا مُحال ، والدليل عليه أنه يحنث في الحال ، ولو كان كما قلتم ، وجب أن لا يحنث ، كما إذا قال: والله لأصعدن السماء غدًا[١] ، والله أعلم بالصواب.



|٢٨٩| مسألة:

التكفير قبل الحنث[٢] جائز عندنا[٣] ، خلافًا لهم[٤].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اليمين تنعقد موجبة للكفارة في الحال بنفسها عندنا[٥] ، وعندهم لا ينعقد موجبة للكفارة في الحال ، بل يتوقف على وجود الحنث[٦].

❊ دليلنا: أنه كفَّر بعد وجود السبب فوجب أن يجوز كتعجيل الزكاة[٧].

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٦٩) ، وبحر المذهب (١٠/٣٧٤).
(٢) الحنث: الذنب العظيم. ويقال: بلغ الغلام الحنث ، أي بلغ مبلغا جرى القلم عليه بالطاعة والمعاصي. ينظر: جمهرة اللغة (١/٤١٧) ، وتهذيب اللغة (٤/٢٧٧).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٩١) ، والتنبية (ص: ١٩٩) ، نهاية المطلب (١٨/٣٠٨) ، وبحر المذهب (١٠/٣٩٤) ، والتهذيب (٨/١٠٨).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٠٨) ، والمبسوط (٨/١٤٧) ، وبدائع الصنائع (٣/١٩).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٩٢) ، وبحر المذهب (١٠/٣٩٥) ، والتهذيب (٨/١٠٩).
(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٠٨) ، والمبسوط (٨/١٤٨) ، وبدائع الصنائع (٣/٢٠).
(٧) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٩٢) ، وبحر المذهب (١٠/٣٩٥) ، والتهذيب (٨/١٠٩).

وبيان أنه كفَّر بعد وجود السبب هو أن اليمين سبب لوجود الكفارة، والدليل عليه أن اليمين دائرة بين أن توجب الكفارة إذا اتصل بها الحنث، وبين أن لا توجب إذا لم يتصل به الحنث، فينعقد سببًا في الحال، كذلك هاهنا.

وكذلك الجرح لما كان دائرًا بين أن يصير موجبًا للكفارة، إذا اتصل به زهوق الروح، وبين أن لا يكون موجبًا إذا لم يتصل فلا جرم ينعقد سببًا في الحال، حتى يجوز التكفير قبل زهوق [٢١٨/ب] الروح، كذا هاهنا مثله.

وكان الفقه فيه أن الكفارة مؤاخذة تتعلق بالهتك، والهتك إنما يكون في نفس اليمين، فدل أن نفس اليمين سبب أقصى ما في الباب أنه تأخير الهتك عن اليمين، ولكن تأخر الشرط لا يمنع انعقاد السبب في الحال كما في الزكاة، وكفارة القتل سواء[١].

❁ ودليلهم: أنه كفر قبل وجود السبب، فلا يجوز، وبيان ذلك أن اليمين لا تنعقد سببًا للكفارة في الحال، وإنما ينعقد حالة وجود الحنث؛ لأن الكفارة خلف، والسبب إنما ينعقد لإيجاب الخلف بعد فوات الأصل؛ فيكون انعقاد الخلفية في حق الخلف معلقًا بشرط فوات الأصل، فصار هذا كسائر الأصول مع الأخلاف منها: التيمم مع الوضوء.

فإن القيام إلى الصلاة بوصف الحد إنما ينعقد موجبًا للتيمم بشرط العجز عن الوضوء، كذلك ها هنا، وهذا لأن الكفارة مؤاخذة يتعلق بالجناية،

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.



واليمين إنما توصف بالجناية بعد اتصال الحنث به، فدل أنه سبب في تلك الحالة.

وبعضهم قال: التكفير خروج عن الواجب، وذاك بعد الواجب، ولا وجوب بعد، فكيف يجوز الخروج عن الواجب قبل الوجوب[1].

الجواب:

كفَّر قبل وجود السبب.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن اليمين سبب بعد اتصال الحنث به شرط الوجوب لا شرط انعقاد السبب، فهو بمنزلة الجرح في كفارة القتل، وملك النصاب في إيجاب الزكاة.

قولهم: بأن الكفارة خلف.

قلنا: لا نسلم، بل هي موجب أصلي، إلا أن الحنث شرط الوجوب، وتأخير الشرائط لا يمنع انعقاد السبب على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن التكفير خروج عن الواجب، لكن يجوز قبل الوجوب استدلالًا بالزكاة، وكفارة القتل؛ لأن هناك جاز باعتبار معنى، ذاك المعنى موجود هاهنا[2]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٠٨)، والمبسوط (٨/١٤٨)، وبدائع الصنائع (٣/٢٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٩٣)، وبحر المذهب (١٠/٣٩٦).




|٢٩٠| مسألة:

إذا حلف بالتهود والتنصر[١] لا ينعقد يمينه[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن تحريم الحلال على نفسه ليس بيمين عندنا[٤]، وعندهم هو يمين[٥].

❊ دليلنا: أنه لم يحلف بالله ولا بصفة من صفات الله تعالى، فلا ينعقد يمينًا[٦].

وهذا لأن اليمين قسم، والقسم إنما شرع لتعظيم المقسم به، والله تعالى يستحق التعظيم، واليمين به تعالى يكون يمينًا بغير الله تعالى، فلا يدل عليه أن الكفارة إنما تجب في الأيمان؛ لأنه هتك[٧] حرمة [٢١٩/أ] اسم الله

---

(١) ضابط انعقاد اليمين عند الشافعية: أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته. قال إمام الحرمين: واليمين تحقيقُ الشيء وتقريره بذكر الله تعالى، أو باسم من أسمائه، أو بصفةٍ من صفات ذاته، نفياً وإثباتاً في الماضي، وإقداماً وإحجاماً في المستقبل. ينظر: نهاية المطلب (١٨/٢٩١).

(٢) ينظر: اللباب (ص ٤٠٢)، والحاوي الكبير (١٥/٢٧١)، والتنبية (ص: ١٩٤)، والمهذب (٣/٩٧)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٧).

(٣) ينظر: الأصل (٢/٢٧٦)، ومختصر القدوري (ص: ٢١٠)، والمبسوط (٨/١٣٤)، وتحفة الفقهاء (٢/٣٠٠)، وبدائع الصنائع (٣/٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٧٢)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٧)، والتهذيب (٨/٩٨)، والبيان (١٠/٤٩٨).

(٥) ينظر: المبسوط (٨/١٣٤)، وبدائع الصنائع (٣/٨).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٧٢)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٧)، والتهذيب (٨/٩٨)، والبيان (١٠/٤٩٨).

(٧) هتك: من الهتك، وهو: شق الستر عما وراءه. ينظر: مقاييس اللغة (٦/٣٢)، ومختار الصحاح (ص: ٣٢٤)،

تعالى، وترك التعظيم حتى يحصل به التعظيم، وجبر الهتك، ولم يوجد ها هنا، فلا يجبر فلم يوجد هاهنا، ولا يجوز؛ لأنه أقصى ما في الباب أنه ترك تعظيم من لا يستحق التعظيم، وذلك لا يوجب الكفارة[1].

❦ ودليلهم: أنه إذا قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني، فقد جعل هذا اللفظ علمًا على الكفر، والكفر حرام في نفسه، فما جعل علمًا عليه أيضًا حرام في نفسه، كما إذا تقلنس بقلنسوة[2] الكفار، فإنه يكون حرامًا؛ لأنه علم على الكفر، كذلك هاهنا، إذا ثبت أن العلامة على الكفر حرام، فإذا جعل علمًا على الكفر فقد حرم هذا الفعل على نفسه، وتحريم الحلال على نفسه يمين، بدليل قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ﴾[3].

وأما الحقيقة: فهي أن الرجل إذا قال: هذا الطعام حرام عليَّ، فقد قصد تغيير المشروع، وتغيير المشروع ليس إلى العباد، بل النهي استعمال المشروع، فلا يمكن تصحيح ما عنده؛ لأنه لم يجعل إليه، فيصحح بقدر ما جعل إليه، والذي جعل إليه من هذا التغيير أن يجعل هذا الفعل حنثًا في يمينه.

فإذا قال: هذا الفعل حرام عليَّ، فقد نص على تحريم الحنث، والتنصيص على تحريم الحنث تنصيص على موجب اليمين؛ لأن الحنث موجب اليمين، فإذا نص على موجب اليمين فيكون ذلك كناية عن التنصيص على اليمين،

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٧٢)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٧)، والتهذيب (٨/٩٨)، والبيان (١٠/٤٩٨).

(٢) القلنسوة: لبس من ملابس الرؤوس. ينظر: لسان العرب (٦/١٨١).

(٣) سورة التحربم: آية ١.

فينعقد اليمين من هذا الوجه[1].

الجواب:

قولهم: أنه إذا قال: إن فعلت كذا فهو يهودي، فقد جعل هذا الفعل علمًا على الكفر.

قلنا: هذا الجعل لأنه جعل ما لا يصح علمًا، ألا ترى أنه لا يكفر عند وجود الفعل بخلاف التقلنس؛ لأنه لا يصح علمًا، ثم نقول: هذا بناء على أن تحريم الحلال على نفسه يمين، ولا نسلم ذلك بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن تحريم الحلال تغيير المشروع، وتغيير المشروع لا يجعل إلى العبد.

وأما الحكم: فلأنه إذا قال حرام [...][2] علي حلال، لا يكون هذا يمينًا كذلك إذا قال: حلال الله علي حرام؛ لأن اليمين تارة توصف بالحنث، وتارة بالبر، ثم التنصيص على الحنث لو كان كناية عن اليمين، فالتنصيص على البر وجب أن يكون كناية عن اليمين.

أما تحريم البضع على نفسه، فلا نسلم، فإنه يمين، والكفارة لا تجب لأجل اليمين؛ بل لأجل أنه يشبه المحللة على الإطلاق، والمحللة بالمحرمة على الإطلاق، وهذا يوجب الكفارة في [٢١٩/ب] في الإبضاع بخلاف

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣٥/٨)، وبدائع الصنائع (٨/٣).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط، يرجح السياق فيه بتقدير سقط، والسقط هو لفظ الجلالة «الله»، والله أعلم.




الطعام، وقوله تعالى: ﴿تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾[(١)]، لم يُرد اليمين حقيقة، وإنما أراد به أن موجبه مثل موجب اليمين كقوله ﷺ: «من أفطر في نهار رمضان فعليه ما على المظاهر»[(٢)].

قولهم: بأنه نص على موجب اليمين كقوله.

قلنا: لا نسلم بأنه نص على موجب اليمين؛ لأن موجب اليمين هو البر، أما حرمة الحنث ليس بموجبها، وإنما يصار لتحقيق البر؛ لأن البر لا يتحقق إلا بعد تحريم الحنث من ضرورات موجب اليمين، فصار كتحريم ما يناقض الصلاة؛ لأنه ليس من موجب الصلاة، بل موجب الصلاة المضي فيه، وذلك إنما يصار إليه لتحقيق المضي فيه، كذلك ها هنا[(٣)]، والله أعلم.



٢٩١ | مسألة:

يمين الكافر منعقدة موجبة للكفارة عندنا[(٤)]، خلافًا لهم[(٥)].

---

(١) سورة التحريم: آية ٢.

(٢) هذا الحديث ذكره الزيلعي في نصب الراية، كتاب: الصوم، باب: ما يوجب القضاء والكفارة، (٢/٤٤٩)، برقم: ١٣، وابن حجر في الدراية، كتاب: الصوم، باب: ما يوجب القضاء والكفارة، (١/٢٧٩)، برقم: ٣٧٠، قال الزيلعي: حديث غريب بهذا اللفظ، وقال ابن حجر: لم أجده هكذا. ينظر: نصب الراية (٢/٤٤٩)، والدراية (١/٢٧٩).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٧٣)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٦٩)، نهاية المطلب (١٨/٣٠٣)، والوسيط (٧/٢١٥)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٤)، والبيان (١٠/٤٨٦).

(٥) ينظر: المبسوط (٨/١٤٦)، وبدائع الصنائع (٣/١١).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الكفارة مؤاخذة عندنا[١]، وعندهم عبادة[٢].

❊ دليلنا: أن ذلك يمين صدرت من الأهل في المحل، فوجب أن تصح كيمين المسلم[٣].

وبيان أن الكافر من أهل اليمين؛ لأن اليمين تصرف، والكافر من أهل سائر التصرفات، كذا هذا التصرف؛ ولأن اليمين شرعت لتعظيم المقسم به، والكافر من أهل تعظيم المعبود؛ لأنه ينتمي إلى نبي، ويقول بالصانع، فدل أنه من أهل اليمين، والدليل عليه أنه يحلف في الدعاوى والخصومات؛ فدل أنه أهل[٤].

❊ ودليلهم: أن اليمين سبب الكفارة، والكفار ليسوا من أهل الكفارة، فلا ينعقد بيمينه[٥].

والدليل على أن الكافر ليس من أهل الكفارة: أن الكفارة عبادة، والكافر ليس من أهل العبادة، وبيان أن الكفارة عبادة هو إنما شرعت لمحو الإثم على ما بَيَّنَّا، وبيان أن الكافر ليس من أهل العبادة: هو أن العبادة شرعت للتقرب إلى الله تعالى، والكافر ليس من أهل التقرب إلى الله تعالى؛

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٧٠)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٥)، والبيان (١٠/٤٨٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٨/١٤٧)، وبدائع الصنائع (٣/١١).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٢٧٠)، وبحر المذهب (١٠/٣٧٥)، والبيان (١٠/٤٨٦).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.

(٥) ينظر: المبسوط (٨/١٤٧)، وبدائع الصنائع (٣/١١).



لأن الكفر أبعد في التبعيد من العبادة في التقريب، ولأن الكفارة لمحو الإثم، والكافر ليس من أهل أن يمحى عنه إثمه.

وخرج على هذا اليمين في الدعاوى والخصومات؛ حيث يشرع في حق الكافر؛ لأن ذلك للتخويف والترهيب، لا لحقيقة اليمين[1].

الجواب:

قولهم: بأن الكافر ليس من أهل الكفارة.

قلنا: لا نسلم، بل هو من أهلها؛ لأن الكفارة إن شرعت مؤاخذة، فهو من أهلها، وإن شرعت لمحو الإثم فهو من أهلها؛ إذ [٢٢٠/أ] ليس من ضرورة أن يحنث الكافر، وعليه مأثم الحنث.

قولهم: بأن الكفارة عبادة.

قلنا: لا نسلم، بل هي مؤاخذة؛ بدليل أنه يستدعي تقدم الجناية.

قولهم: بأنه لمحو الإثم، وهو ليس من أهل أن يمحى عنه الإثم.

قلنا: ليس كذلك، بل هو من أهله على ما بَيَّنَّا، والدليل على ما بَيَّنَّا الدعاوى والخصومات.

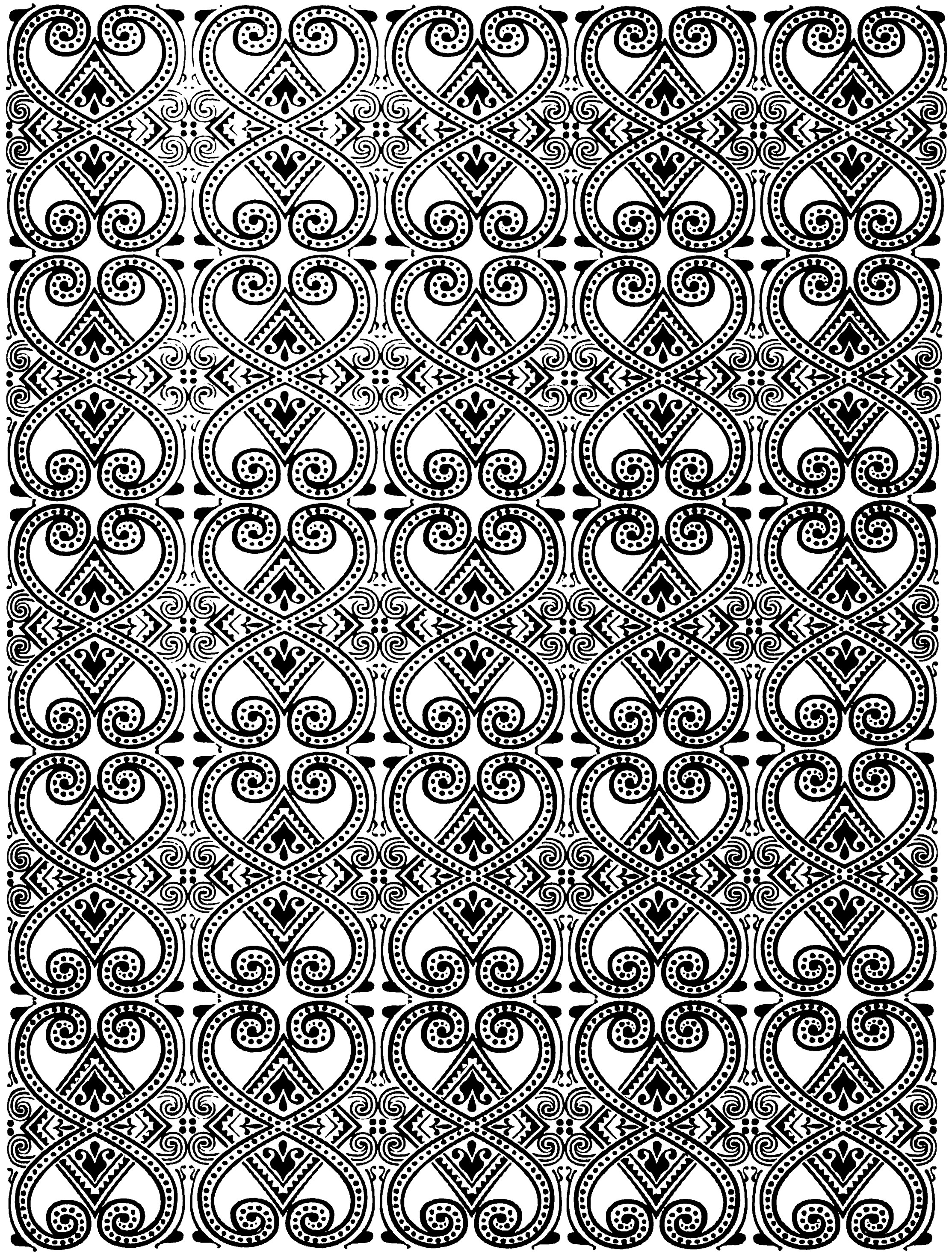
قولهم: بأنها شرعت للتخويف والترهيب.

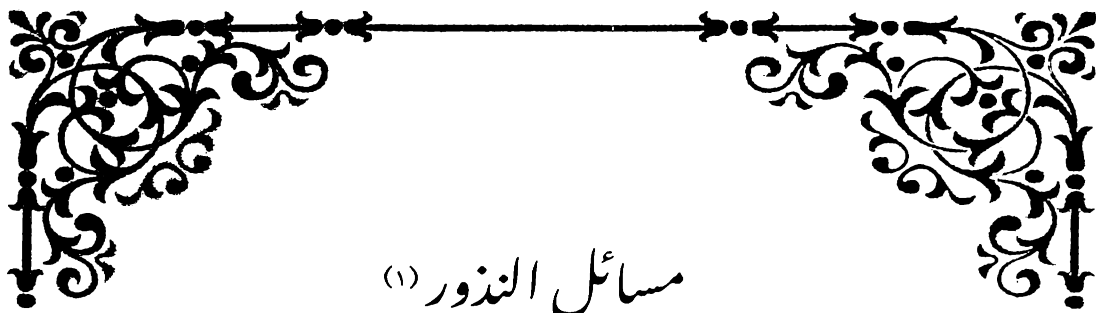
قلنا: بلى، ولكن إنما شرع في حق من هو أهل[2]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٤٧/٨)، وبدائع الصنائع (١١/٣).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٢٧٠/١٥)، وبحر المذهب (٣٧٦/١٠).





مسائل النذور[1]

|٢٩٢| مسألة:

نذر الغضب واللجاج[٢] حكمه حكم الأيمان في أحد أقوالنا، وفي آخر حكمه حكم النذور ويلزمه الوفاء به[٣][٤]، وهو مذهبهم[٥].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن هذا يمين عندنا[٦]، وعندهم نذر[٧].

---

(١) النذور: جمع نذر، وهو: النحب، وهو ما ينذره ينذره الإنسان فيجعله على نفسه نحبا واجبا. ينظر: تهذيب اللغة (٣٠٢/١٤)، ولسان العرب (٢٠٠/٥). وفي الاصطلاح: عرفه الشافعية بأنه: الوعد بالخير دون الشر. ينظر: الحاوي الكبير (٤٦٣/١٥)، وبحر المذهب (٤/١١).

(٢) اللجاج: تماحك الخصمين وهو تماديهما، واللجة بالفتح كثرة الأصوات. المصباح المنير (٥٤٩/٢).

(٣) والقول الثالث لم يذكره المؤلف وهو المشهور من مذهب الشافعي أنه بالخيار: بين الوفاء بما نذره، وبين أن يكفر كفارة يمين. قال إمام الحرمين: «وأما نذر اللجاج والغضب: فبأن ينذر طاعة، ويخرج نذره مخرج اليمين بأن يمنع نفسه من فعل شيء، أو يلزم نفسه شيئا، مثل أن يقول: إن كلمت فلانا فلله علي كذا، ويريد منع نفسه من كلامه، أو يقول: إن فعلت كذا فلله علي كذا، أو إن لم أفعله فمالي صدقة أو في سبيل الله، فإن لم يكن المنذور حجا ولا عمرة فالمشهور من المذهب: أنه إذا وجد الكلام أو ما علقه فهو بالخيار: بين الوفاء بما نذره، وبين أن يكفر كفارة يمين. البيان (٤٧٦/٤).

(٤) ينظر: اللباب (ص: ٤٠٢)، الحاوي الكبير (٤٥٨/١٥)، والبيان (٤٧٦/٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٧١/٧)، ومختصر القدوري (ص: ٢١١)،: المبسوط (١٣٤/٨)، وبدائع الصنائع (٢٢/٣).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٤٥٨/١٥)، والوسيط (٢١١/٧).

(٧) ينظر: المبسوط (١٣٥/٨)، وبدائع الصنائع (٢٢/٣).

❊ **دليلنا**: أنه يمين فتوجب الكفارة كاليمين بالله تعالى[١].

وبيان أنه يمين الاسم والحكم والحقيقة:

أما الاسم: فإنه يسمى يمينًا؛ يقال: حلف بالحج.

وأما الحكم: فلأنه لو حلف أن لا يحلف أبدًا فإذا حلف على هذا الوجه يحنث في يمينه.

وأما الحقيقة: فلأنه قصد به منع النفس عن اتخاذ هذا الفعل مخافة لزوم ما سماه، وهذا حد اليمين؛ ولأنه دخل في هذا دخول كاره مستقل لما لزمه من المسمى، فيكون يمينًا كاليمين بالله تعالى[٢].

❖ **ودليلهم**: أنه نذر فوجب الوفاء بما سمى كما في سائر النذور[٣].

وبيان أنه نذر ظاهر، فإنه قال: إن فعلت كذا فلله عليَّ كذا، ذكر كلمة عليَّ، وذلك للالتزام، فقد التزم العبادة على نفسه بهذا اللفظ، والتزام العبادة على نفسه نذر.

ولو خرج عن كونه نذرًا إنما خرج بإدخال الشرط فيه، وإدخال الشرط لا يخرجه عن أن يكون نذرًا؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: إذا قال: إن شفا الله مريضي، فلله عليَّ كذا، يكون نذرًا، وإن أدخل الشرط.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٤٥٨)، والوسيط (٧/٢١١).
(٢) ينظر: المراجع السابقة.
(٣) ينظر: المبسوط (٨/١٣٥)، وبدائع الصنائع (٣/٢٢).

وأما الحقيقة: فهي أنه بهذا الشرط أخر الالتزام إلى حالة وجود الشرط، فإذا وجد منه الشرط كأنه منشئ ملتزم؛ كذلك الحكم ابتداء إذا ثبت أنه نذر وجب الوفاء به[١].

الجواب:

قولهم: نذر.

قلنا: لا نسلم، بل هو يمين على ما بَيَّنَّا.

قولهم: أنه ذكر بكلمة عليَّ.

قلنا: بلى، لكن ذكر على سبيل منع النفس، فلا يكون نذرًا، بل إنما يكون نذرًا إذا ذكر ابتداء، أما إذا ذكر على طريق التعليق فمقصوده منع النفس، فلا يكون نذرًا، ولأنه دخل دخول كاره [٢٢٠/ب] بل دخل دخول راغب طالب، كذلك الفعل فيصلح أن يكون نذرًا.

قولهم: بأن الحكم إذا وجد عقيب الشرط يجعل كأنه منشئ ملتزم له ابتداء.

قلنا: لا نسلم؛ لأن عندنا السبب إذا وجد ينعقد في الحال، وحالة وجود الشرط حالة نزول الحكم[٢]، لا حالة مباشرة السبب[٣]، والله أعلم.



(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: قواطع الأدلة في الأصول (١/٢٥٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٤٥٩).




|٢٩٣| مسألة:

إذا نذر ذبح الولد يلغو نذره عندنا[١]، وعندهم يصح ويلزمه ذبح شاه بمكة[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النذر لا يلحق بالأمر عندنا[٣]، وعندهم يلحق[٤].

❊ دليلنا: أنه تصرف أخطأ محله فيلغو، كما لو نذر ذبح والده أو قتل ولده[٥].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه أضاف النذر إلى الولد، والولد ليس بمحل لهذا النذر؛ لأن هذا نذر بالذبح، والولد ليس بمحل الذبح؛ لأنه معصوم محترم.

ولهذا لا يجب ذبح الولد، وإنما يجب عندكم ذبح الشاة[٦]، وذبح الشاة لا يخلو إما أن يجب بطريق التصريح، أو بطريق الكناية، بطل أن يقال بطريق التصريح؛ لأنه نص على ذبح الولد، وصرح به وبطل أن يقال بطريق الكناية؛ لأن ذبح الولد لا يصلح كناية عن ذبح الشاة؛ لأن من شرط الكناية المشافهة بين اللفظين في المعنى الخاص، والاتصال بينهما من حيث السببية[٧]. ولم

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٨٩/١٥)، ونهاية المطلب (٤٥٦/١٨)، والبيان (٤٧٢/٤).

(٢) وخالف الحنفية بذلك أبي يوسف صاحب أبي حنيفة. ينظر: الأصل (٢٧٩/٢)، وشرح مختصر الطحاوي (٤٦٥/٧)، والمبسوط (١٣٩/٨)، وبدائع الصنائع (٩١/٥).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٤٨٩/١٥).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٤٦٥/٧)، والمبسوط (١٤٠/٨).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٤٨٩/١٥)، والتهذيب (١٥١/٨).

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

(٧) ينظر: شرح التلويح على التوضيح (١٣٢/١).

يوجد هذا، فدل أنه لا يصلح كناية ولا صريحا؛ فصح أنه أخطأ المحل فلا يصح[١].

❁ ودليلهم: أن الأمر بذبح الولد أمر بذبح الشاة، فكذا النذر بذبح الولد، وجب أن يكون نذرًا بذبح الشاة، وربما قالوا: ذبح الشاة واجب بالأمر المضاف إلى الولد، فكذا وجب أن يكون واجبًا بالنذر المضاف إلى الولد[٢].

فالحاصل أن الناذر بهذا النذر التزم ذبح الشاة، فكما أن بقوله لله عليَّ ذبح الشاة التزم ذبح الشاة؛ لأن هذه الصيغة في الشرع وضعت لالتزام ذبح الشاة كقوله: لله علي ذبح الشاة، وضعت كذلك فهذا النذر، وإن كان مضافًا إلى الولد من حيث الصورة، ولكنه كالمضاف إلى الشاة من حيث المعنى والحقيقة، كالأمر وإن كان مضافًا إلى الولد من حيث الصورة، لكنه كالمضاف إلى الشاة من حيث الشرع والحقيقة:

والدليل على أن الأمر بذبح الولد أمر بذبح الشاة؛ قصة إبراهيم عليه السلام[٣]، فإنه كان مأمورًا بذبح الولد، وخرج عن عهدة الأمر بذبح الولد أمر بذبح الشاة، قول الله تبارك وتعالى: ﴿ٱفْعَلْ مَا تُؤْمَرُ﴾[٤]، ويدل عليه أيضًا: أن الشرع

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٤٨٩)، والتهذيب (٨/١٥١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٦٥)، والمبسوط (٨/١٤٠)، وبدائع الصنائع (٥/٩١).

(٣) قال تعالى: ﴿فَلَمَّا بَلَغَ مَعَهُ ٱلسَّعْىَ قَالَ يَٰبُنَىَّ إِنِّىٓ أَرَىٰ فِى ٱلْمَنَامِ أَنِّىٓ أَذْبَحُكَ فَٱنظُرْ مَاذَا تَرَىٰ ۚ قَالَ يَٰٓأَبَتِ ٱفْعَلْ مَا تُؤْمَرُ ۖ سَتَجِدُنِىٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴿١٠٢﴾ فَلَمَّآ أَسْلَمَا وَتَلَّهُۥ لِلْجَبِينِ ﴿١٠٣﴾ وَنَٰدَيْنَٰهُ أَن يَٰٓإِبْرَٰهِيمُ ﴿١٠٤﴾ قَدْ صَدَّقْتَ ٱلرُّءْيَآ ۚ إِنَّا كَذَٰلِكَ نَجْزِى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿١٠٥﴾ إِنَّ هَٰذَا لَهُوَ ٱلْبَلَٰٓؤُا۟ ٱلْمُبِينُ ﴿١٠٦﴾ وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾.

(٤) سورة الصافات: آية: ١٠٢.

جعل الشاة فداء، والفداء اسم لما تحمل مكروه الأول من غير تغيير دخل في القصد الأول[١]، فلا بد وأن تكون الشاة واجبة بذلك [٢٢١/أ] الأمر حتى يصلح أن يكون فداء.

وإذا ثبت أنه وجب بذلك الأمر، فدل أن ذلك الأمر حيث يكون إنما يكون، وصدر ذبح الشاة لذبح الولد يدل عليه، وهو أن في جانب ذبح الشاة، ولم يظهر في الولد فإنما يظهر في الشاة دل أن هذا الأمر وضع لذبح الشاة، كذا في النذر؛ لأن الأوامر أصول النذور[٢].

الجواب:

قولهم: بأن الأمر بذبح الولد أمر بذبح الشاة.

قلنا: لا نسلم لما بَيَّنَّا أنه لا يصلح لذلك لا صريحًا ولا كناية، وهذا هو الجواب عن قولكم: بأن ذبح الشاة واجب بالأمر المضاف إلى الولد، كذا النذر.

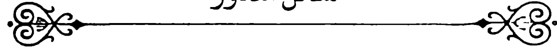
قلنا: كيف يكون واجبًا؟! بطريق التصريح أم بطريق الكناية؟!

وقد بينا أنه لا يتصور، وأما الاستدلال بقصة إبراهيم عليه السلام؛ لا نقول: بأنه كان مأمورًا بذبح الولد؛ لأنه ليس ها هنا صيغة الأمر، ولئن كان مأمورًا لا نقول: وجب عليه ذبح الشاة؛ لأنه لا يجب من ملكه شيء، ولئن وجب لكن لا نقول بذلك الأمر، بل وجب بأمر جديد مستفاد من قوله تعالى:

---

(١) ينظر: مقاييس اللغة (٤/٤٨٣)، وتاج العروس (٣٩/٢٢١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/٤٦٥)، والمبسوط (٨/١٤٠)، وبدائع الصنائع (٥/٩١).



﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾[1]، لما بَيَّنَّا أن ذلك الأمر لا يصلح أن يكون موجبًا لذبح الشاة.

قولهم: بأن الشرع سماه فداء.

قلنا: إنما سماه فداء بطريق المجاز؛ لأن الأمر أمر واحد أوجب عصمة الولد، وذبح الشاة لا يجب من ملكه شيء، ولئن وجب لكن لا نقول بذلك الأمر لا يصلح أن يكون موجبه؛ وهذا لأن الأمر الأول انتسخ، وثبت أمر جديد بقوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾[2].

وهذا الأمر الجديد أوجب عصمة الولد وذبح الشاة، والمقصود منها واحد، وهو التقرب إلى الله تعالى، فإذا كان المقصود واحد، وسبب الوجوب والعصمة واحد، فيتصور بصورة الفداء لهذا المعنى.

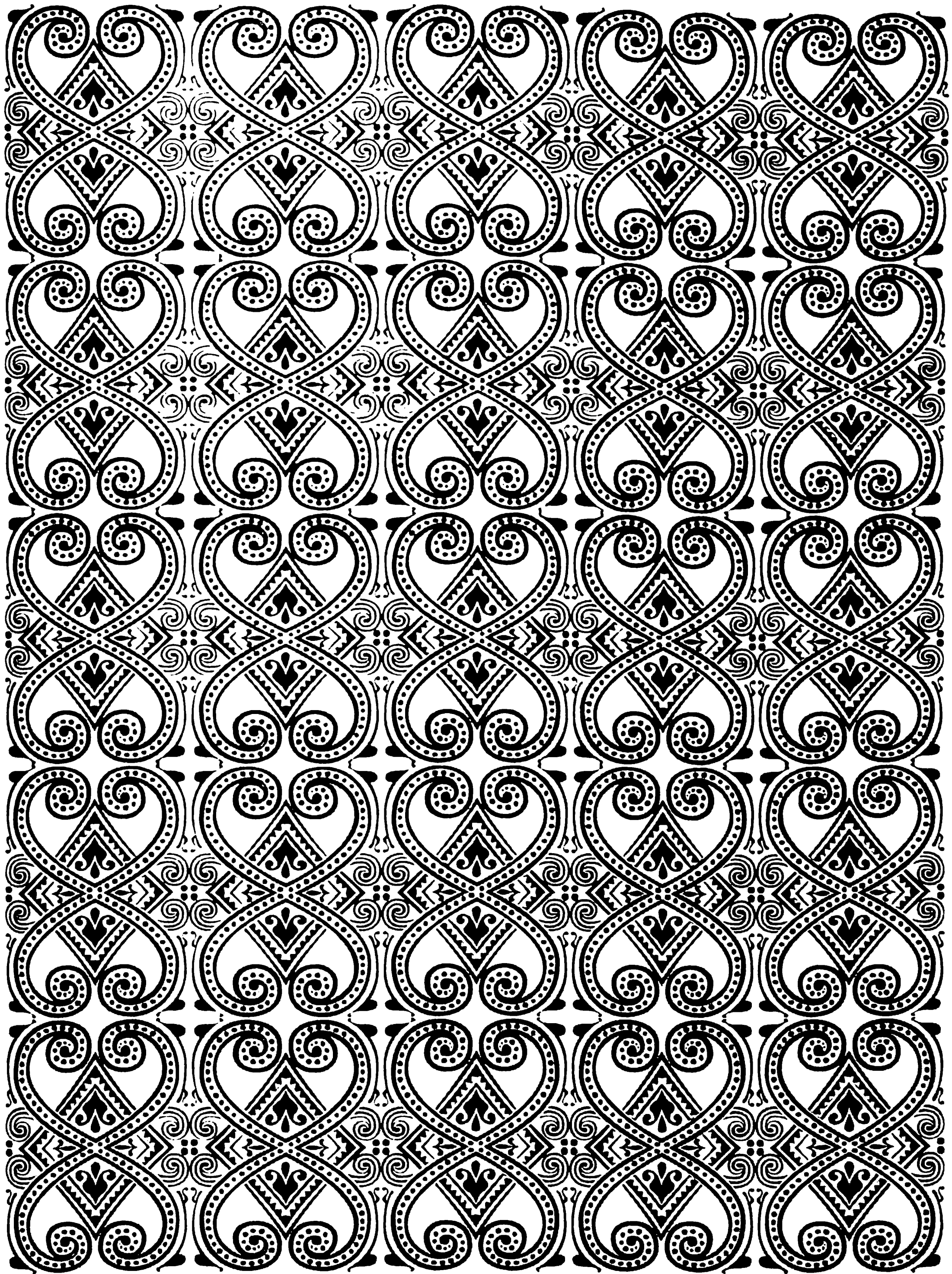
ثم نقول: إن وجب فذلك الأمر، ولكن لا يصح الاستدلال به؛ لأن ذلك الأمر صح، وأفاد الوجوب لأنه صدر من جهة الله تعالى، وأوامر الله تعالى لا تنقسم إلى صحيح وفاسد، بل تكون صحيحًا؛ ولهذا سمى الشرع الشاة فداء؛ لأن الفداء ما يتحمل المكروه، والمكروه مكروه الوجوب؛ فلا بد من الوجوب حتى يجوز أن يكون فداء بخلاف مسألتنا؛ لأن النذر لم يفد الوجوب في الولد، فكيف يوجوب الشاة فداء[3]، والله أعلم.

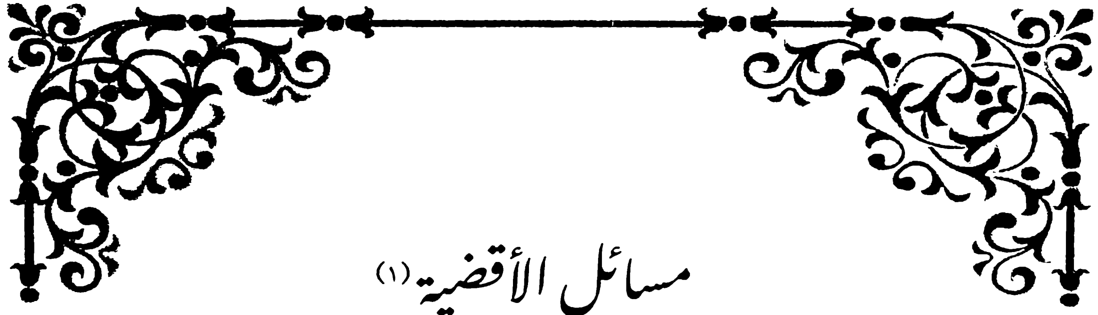


(١) سورة الصافات: آية ١٠٧.

(٢) سورة الصافات: آية ١٠٧.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٥/٤٨٩).





مسائل الأقضية[1]

|٢٩٤| مسألة:

القضاء على الغائب جائز ونافذ عندنا[2]، خلافًا لهم[3].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الإنكار ليس بشرط لصحة القضاء بالبينة عندنا[4]، وعندهم شرط[5].

※ دليلنا: أنه شرط سماع البينة والقضاء بها فوجب [٢٢١/ب] فوجب أن يجوز كما في حق الحاضر[6].

وبيان ذلك هو أن شرط القضاء بالبينة إخفاء الحق، والحق ها هنا

---

(١) الأقضية لغة: جمع قضاء، وهو: إحكام الشيء والفراغ منه؛ ويستعمل كذلك لغة بمعنى والهلاك والأداء والإنهاء والمضي والصنع والتقدير، ينظر: مجمل اللغة (ص: ٧٥٧)، ومقاييس اللغة (٥/٩٩). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: فصل الخصومات وقطع المنازعات، وعرفه الشافعية بأنه: فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى. ينظر: الدر المختار (ص: ٤٦٣)، وكفاية النبيه (١٨/٣٦) وتحفة الحبيب (٤/٣٧٨).

(٢) ينظر: الأم (٦/٢٤٨)، والإقناع (ص: ١٩٧)، والحاوي الكبير (١٦/٢٢١)، والمهذب (٣/٤١٥)، ونهاية المطلب (١٨/٥٢٧).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٣١)، ومختصر القدوري (ص: ٢٢٦)، والمبسوط (١٧/٣٩)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٥٠)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢٢).

(٤) ينظر: الوسيط (٧/٣٢٣)، والبيان (١٣/١٠٧).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٣٢)، المبسوط (١٧/٣٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢٣).

(٦) ينظر: الوسيط (٧/٣٢٣)، والبيان (١٣/١٠٧).




مخفي، وإنما قلنا أن الشرط هو الإخفاء؛ لأن القضاء للإظهار، والبينة للبيان، فيستدعي حقًا مخفيًا، وقد وجد.

وهذا الفقه وهو أن القضاء شرع لإحياء حقوق الناس؛ لأن الشرع ناظر للعباد ومن كمال شرع القضاء إحياء الحقوق متى أشرفت على الهلاك، وهذا الحق بسبب الغيبة على شرف الهلاك فيجوز القضاء به للإحياء؛ لأنه ما شرع إلا لهذا فصار كما إذا كان حاضرًا فسكت ولا فرق بينهما؛ لأن الحضور لا يراد لعينه، وإنما يراد للجواب.

فإذا لم يجب يجعل كأنه غائب، ثم هناك يجوز القضاء، كذلك ها هنا، إلا أن الحاضر يحتمل أنه إذا نطق بالإقرار، ويحتمل أنه ينطق بالإنكار، ثم الشرع أعرض عن هذا الاحتمال وقضى، كذا ها هنا[١].

❖ ودليلهم: أنه فات شرط القضاء بالبينة، فلا يصح[٢].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الإنكار شرط، والدليل عليه أن القضاء إلزام الحق على المقضي عليه، والإلزام إنما يكون على منكر، والإثبات إنما يكون على جاحد، فدل أن الإنكار شرط.

وبيان أن القضاء للإلزام والبينة للإثبات، هو أن القاضي يقضي بالحق، فلا يجبر المقضي عليه بين الأداء والترك، فدل أنه للإلزام، ولأنه يرفع إلى القاضي حالة الإقرار كما يرفع حالة الإنكار، ولو كان للإظهار وجب أن لا

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٤٣٢)، المبسوط (١٧/٣٩)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢٣).




يرفع ؛ لأنه ظاهر بالإقرار.

ولأنه لو كان للإظهار وجب أن يكون القضاء مشروعًا أصلًا ؛ لأن الإظهار قد حصل بإقامة البينة، فلما شرع دل أنه للإلزام، والدليل على أن البينة للإثبات: أن الحق غير ثابت على المدعى عليه يدعيه فيستدعي مثبتًا، فدل أن البينة للإثبات، والدليل عليه: أن الشهود إذا رجعوا ضمنوا.

فلو كان للبيان وجب أن لا يضمنوا ؛ لأنهم ما أظهروا شيئًا، وإذا ثبت بأن البينة للإثبات، ولا تعمل إلا بعد القضاء فيكون القضاء معملًا للبينة، والعمل للشيء حكمه حكم ذلك الشيء فيكون القضاء للإثبات لهذا المعنى، إذا ثبت أن القضاء للإلزام فيستدعي إنكارًا ولم يوجد فلا يصح[1].

الجواب:

قولهم: بأن شرط القضاء بالبينة.

قلنا: لا نسلم، بل وجد.

قولهم: بأن الإنكار شرط. قولنا: لا نسلم.

قولهم: بأن القضاء للإلزام. لا نسلم، بل هو الإظهار ؛ لأن القضاء على وفق الدعوى، والمدعي يدعي حقًا كان ثابتًا، ولا يدعي إثبات حق لم يكن، فالقضاء أيضًا إنما يكون لإظهار حق كان ؛ ولأن القضاء يبتنى على البينة، والبينة للبيان.

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.




كذا القضاء للإظهار؛ لأن القضاء معمل للبينة، لأن البينة متردد بين الصدق والكذب وإنما يزول التردد باتصال حكم الشرع به، وذلك هو القضاء، فإذا اتصل بها القضاء؛ لأن عملت البينة، فدل أن القضاء معمل للبينة، ثم البينة للبيان؛ كذا القضاء، والدليل عليه أن الأكساب والأولاد للمدعي، ولو كان للإثبات لكان للمدعى عليه.

قولهم: بأن المدعى عليه لا يجبر من الترك والإيفاء، بل يجبر على الإيفاء.

قلنا: ذاك ليس للقضاء فيه، بل ذاك إعانة من جهة القاضي.

قولهم: بأن الإظهار قد حصل بالبينة وجب أن لا يشرع القضاء.

قلنا: الإظهار إنما يحصل بعد اتصال القضاء بالبينة على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الحق ليس بثابت في زعمه، فيستدعي سببًا.

قلنا: الحق ثابت بالسبب السابق، ولا يثبت في الحال حتى يحتاج إلى سبب، إلا أنه مخفي، والقضاء للإظهار على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الشهود إذا رجعوا عليهم الضمان.

قلنا: لأنهم تسببوا إلى إتلاف المال عليه بالشهادة، فالشرع أنزلهم مباشرين للإتلاف، والله أعلم.



|٢٩٥| مسألة:

قضاء القاضي بشهادة الزور [لا ينفذ][١] ظاهرًا لا باطنًا عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن هذا القضاء لا يمكن تصحيحه من حيث الباطن عندنا[٤]، وعندهم أمكن[٥].

❊ دليلنا: أنه قضاء لم يبن على حجة، وما صادف محلًا، فلا ينفذ باطنًا، كما في الأملاك المرسلة[٦].

وبيان أنه ما ابتنى على حجة: هو أن الحجة هي البينة العادلة الصادقة؛ لأن القاضي مأمور بالتفحص عن أحوال الشهود، وطلب الصدق بطريقه؛ ولأن الحجة هي البينة العادلة الصادقة، وهذه بينة كاذبة.

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط وردت عبارة «لا ينفذ» كما هو مثبت في المتن، والصحيح أنه ينفذ، قال الماوردي: «وإن كانا كاذبين ـ أي الشهود ـ كان حكمه نافذا في الظاهر وباطلا في الباطن، ولم يحل للمحكوم له فيما بينه وبين الله تعالى، أن يستبيح ما حكم به سواء كان مالا أو فرجا أو قتلا، قال إمام الحرمين: «ومذهبنا أن أحكام الله لا تحول بقضاء القضاة، فإن وافقتها لشهادة الصدق، فليس ثبوتها بالقضاء، وإنما يتعلق القضاء بالظاهر». ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٧)، ونهاية المطلب (٥٩٩/١٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١١/١٧)، ونهاية المطلب (٥٩٩/١٨)، وبحر المذهب (١٢١/١٤).

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبي يوسف في قول له ومحمد بن الحسن حيث يرون رأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: النتف (٧٨٤/٢)، والمبسوط (١٨٠/١٦)، وبدائع الصنائع (١٥/٧).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧)، وبحر المذهب (١٢١/١٤)،

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٧ ١٥).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٢/١٧)، وبحر المذهب (١٢١/١٤).




وأما بيان أنه لم يصادف المحل؛ لأن المحل هو عقد كائن، لأنه للإمضاء فلابد من عقد موجود حتى يمضيه، ولم يوجد، فدل أنه لم يصادف المحل، فثبت أنه قضاء أخطأ حجته ومحله؛ فلا ينفذ باطنًا كالأملاك المرسلة سواء[1].

❖ ودليلهم: أنه قضى بحجة شرعية، فوجب أن ينفذ ظاهرًا أو باطنًا، كما لو قضى ببينة عادلة[2].

وبيان أنه قضى بحجة شرعية، هو أن الحجة الشرعية إنما [٢٢٢/ب] هي البينة العادلة في ظاهر علم القاضي.

وهذه البينة العادلة في ظاهر علم القاضي، وليس للقضاء حجة سوى هذا في موضع ما؛ لأن القاضي لا يقف على بواطن الأمور، فلا يكون مأمورًا بالتفحص عن بواطن الأمور، بل هو مأمور بالنظر إلى الظاهر، وهذه البينة عادلة في الظاهر، فصح أنه قضى بحجة شرعية فوجب أن ينفذ ظاهرا وباطنا؛ لأن القاضي لما قضى بحجة شرعية، فلا بد وأن يكون لقضائه حقيقة.

وإنما يكون له حقيقة إذا نفذ ظاهرًا وباطنًا، فيكون ظاهره لا باطنه، وباطنه كظاهره، أما إذا نفذ ظاهرًا لا باطنًا، فلا يكون له حقيقة، وإذا ثبت بأن القضاء ينفذ ظاهرًا وباطنًا فإذا وجد القضاء إن كان هناك عقد يمضي ذلك، وإن لم يكن يدرج فيه إنشاء عقد حتى يمضي ذلك المدرج تصحيحًا للقضاء، حتى يمكن القول بنفوذه باطنًا كما إذا قال: أعتق عبدك عني على ألف، يدرج

(١) ينظر: المراجع السابقة.
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧ ١٥).




البيع فيه لتصحيح العقد، كذا ها هنا[1].

الجواب:

قولهم: قضى بحجة شرعية،

قلنا: لا نسلم وجود القضاء ولا وجود الحجة؛ أما بيان عدم القضاء هو أن القضاء يستدعي محلًا، ولم يوجد.

قولهم: بأن الحجة الشرعية هي البينة العادلة في ظاهر علم القاضي.

قلنا: هذا حجة جواز القضاء لا حجة قضاء له حقيقة، وكلامنا وقع في قضاء له حقيقة، ولم توجد حجة القضاء حقيقة؛ لأن القضاء يبتنى على الحجة؛ إن كان للحجة حقيقة يكون للقضاء حقيقة وإلا فلا.

قولهم: بأن القاضي لا يكون مأمورًا بالتفحص عن بواطن الأمور.

قلنا: نحن لا نقول بأنه مأمور بذلك، بل البينة إذا وجدت يقضي القاضي، ثم إن كان للبينة حقيقة فيكون للقضاء حقيقة، وإلا فلا.

قولهم: بأنه يدرج ها هنا عقد.

قلنا: هذا إنشاء والقاضي لا يقضي بالإنشاء، ولهذا لو نص على الإنشاء لا يجوز، فدل أنه لا يستقيم، ولأن التنفيذ تبع للمدعى، فلابد من وجود المدعي حتى ينفذ، والتنصيص على التبع لا يوجب إدراج المتبوع بخلاف البيع والهبة[2]، والله أعلم.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧ ١٥).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٤/١٧).

٢٩٦| مسألة:

المحدود في القذف إذا تاب تقبل شهادته عندنا(١)، خلافًا لهم(٢).

ومدار [٢٢٣/أ] المسألة تحقيقًا: على أن رد شهادته ليس تتمة الحد عندنا(٣)، وعندهم من تتمته(٤).

❊ دليلنا: أن القذف جناية موجبة للحد مثبتة للفسق، فلا توجب رد الشهادة على التأبيد كسائر الجنايات(٥).

وإنما القذف جناية في نفسه؛ لأنه لا يخلو، إما أن يكون صادقًا أو كاذبًا.

إن كان كاذبًا فهو جناية لا محالة، وإن كان صادقًا فهو جناية أيضًا؛ لأن الشرع نهاه عن الصدق بهذا الطريق؛ لأنه إظهار الزنا على قصد إتباعه الفاحشة، ولأنَّا أجمعنا على أن حالة العجز صار جانيًا(٦).

ولا يصير جانيًا بالعجز؛ لأن العجز عادة يكون بغير فعله بأن مات الشهود أو خرسوا أو عموا، فدل أنه يكون جانيًا بالقذف، فإذا ثبت أنه جانٍ

---

(١) ينظر: الأم (٩٤/٧)، ومختصر المزني (٤١٢/٨)، الحاوي الكبير (٢٥/١٧)، ونهاية المطلب (٦٠٣/١٨)، والوسيط (٣٦١/٧).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (ص: ٢٢٠)، والنتف (٨٠١/٢)، والمبسوط (١٢٥/١٦)، وتحفة الفقهاء (٣٦٢/٣)، وبدائع الصنائع (٢٧١/٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦/١٧)، وبحر المذهب (١٢٧/١٤)، والبيان (٣١٧/١٣).

(٤) ينظر: المبسوط (١٢٦/١٦)،

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦/١٧)، وبحر المذهب (١٢٧/١٤)، والبيان (٣١٨/١٣).

(٦) ينظر: المبسوط (٧٢/٩).




بنفس القذف فإذا قذف صار فاسقا بنفس القذف، فترد شهادته لأجل الفسق، فإذا تاب زال الفسق، فوجب أن تقبل شهادته لأنه وجد دليل الصدق[(١)].

❁ ودليلهم: أن رد الشهادة من تتمة الحد، ثم الحد لا يسقط بالتوبة، فكذا رد الشهادة على [...][(٢)(٣)]، وبيان أنه من تتمة الحد أن الله تعالى عطف رد الشهادة على الحد، والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الجزاء؛ ولأنه علق كلاهما بسبب واحد، وهو القذف، فيكونا مشتركين في جنس الجزاء.

ويصلح أن يكون حدًا لأن الحد للزجر، وهو زاجر، ولأن الحد موجع مؤلم، ورد الشهادة موجع مؤلم، فصلح حدًا؛ ولأن رد الشهادة يقام على آلة الجناية، وهو اللسان، فهو أولى بالحدية كالقطع في باب السرقة؛ ولأن حد القذف إنما شرع لإظهار كذب القاذف، وهذا المعنى موجود في رد الشهادة، فصلح أن يكون حدًا فلا يسقط كالحد[(٤)].

الجواب:

قولهم: بأن رد الشهادة من تتمة الحد.

قلنا: لا نسلم، وكيف يجوز أن يدعي ذلك، وأنه لا يخلو؛ إما أن يكون

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦/١٧)، وبحر المذهب (١٢٧/١٤)، والبيان (٣١٨/١٣).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط يوحي للقارئ أن فيه سقطا، ويمكن أن يقدر السقط بقوله: «القاذف»، لاستقامة سياق المعنى، والله أعلم.

(٣) ينظر: المبسوط (١٢٦/١٦)، وبدائع الصنائع (٢٧١/٦).

(٤) ينظر: المراجع السابقة.




من تتمة الحج نصًا أو قياسًا. بطل أن يقال: نصًا لأنه لا نص أصلًا.

أقصى ما في الباب أن الله تعالى عطف على هذا الحد، ولكن المعطوف لا يشارك المعطوف عليه في الجزاء، كالفسق فإنه معطوف على الحد، ولا يكون من تتمة الحد، ولو قلتم: بالقياس، فالقياس إنما يكون بالاستدلال، ومن شرط الاستدلال المساواة، ولا مساواة بين الجلد ورد الشهادة [٢٢٣/ب]؛ لأن الجلد زاجر، ورد الشهادة ليس بزاجر في حق الخواص، والجلد ما هو زاجر في حق الكل من الخواص والعوام.

وقولهم: بأنه مؤلم.

قلنا: ولكن في حق الخواص لا في حق العوام، فلا يصلح حدًا.

قولهم: بأنه عقوبة تقام على آلة الجناية.

قلنا: ولكن هذا الأصل باطل؛ لأنه لو كان كذلك وجب أن يقطع ذكر الزاني ولسان القاذف.

قولهم: بأن الحد لإظهار الكذب، وقد حصل برد الشهادة.

قلنا: لا نسلم، بل إنما حصل بإقامة الحد، أما برد الشهادة فلا؛ لأنه ربما لا يكون له شهادة، ولو كان فربما لا يحضر مجلس الحكم، فلا يحصل به التكذيب؛ لأنه لا ينتشر فيما بين الناس(١)، والله اعلم.



(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٧)،

٢٩٧| مسألة:

شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض غير مقبولة عندنا[١]، خلافًا لهم[٢].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الذمي ليس من أهل الشهادة عندنا[٣]، وعندهم هو من أهلها[٤].

❊ دليلنا: أنه كافر فلا تقبل شهادته كالحربي[٥].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الشهادة اسم لكلام هو صدق، والصدق باطن لا يعرف إلا بالدليل، ودليل الصدق دين هو حق في الشرع مستحب على الصدق فيحنث عن الكذب، وهذا مفقود في حق الكافر، فإن الدين الذي عنده ليس بدليل على الصدق؛ لأنه كذب محض، فلأن يجعل دليلًا على الكذب أولى، فصار هذا كالفاسق.

وبالأولى لأن في حق الفاسق وجد فوات العدالة، أما أصل الدين موجود بخلاف الكافر، وبعضنا يقول: الشهادة نهاية في الكرامة، والكافر ليس من أهل الكرامة، فلا يكون أهلًا للشهادة[٦].

---

(١) ينظر: الأم (٤٥/٧)، والحاوي الكبير (١٥٧/١٦)، وبحر المذهب (١٤٩/١٤)

(٢) ينظر: الأصل (٥١٦/١١)، ومختصر القدوري (ص: ٢٢٠)، والمبسوط (١٣٥/١٦)، وبدائع الصنائع (٢٨١/٦).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٧/١٦)، وبحر المذهب (١٤٩/١٤).

(٤) ينظر: المبسوط (١٣٦/١٦)، وبدائع الصنائع (٢٨١/٦).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٥٨/١٦)، وبحر المذهب (١٥٠/١٤).

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

﴿ ودليلهم: أن الذمي من أهل الولاية والأمانة، فوجب أن يكون من أهل الشهادة[1].

أما الولاية: فقد نص الشافعي رضي الله عنه على أن ولي الكافرة كافر[2]، وأما الأمانة: فإن الله تبارك وتعالى نص عليها حيث قال: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾[3]، فدل على أنه من أهل الأمانة والولاية، فوجب أن يكون من أهل الشهادة أيضًا؛ لأن كلًّا من الولاية والأمانة مؤثر في الشهادة.

أما الولاية: فإنها تنفيذ القول على الغير، فكذا الشهادة، وأما الأمانة: فهي مؤثرة في الشهادة، أما الولاية: فإنها تنفيذ القول على الغير، فكذا الشهادة، وأما الأمانة: فهي مؤثرة أيضًا؛ لأن الركن في الشهادة [٢٢٤/أ] صدق اللهجة، وذلك بالأمانة، فدل أنه أهل.

وكان الفقه أيضًا، وهو أن الشهادة حجة شرعية شرعها الشرع لإحياء حقوق العباد[4]، وحقوقهم معصومة واجبة الإحياء، وذلك بقبول شهادتهم؛

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/١٣٦)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨١).

(٢) ينظر: الأم (٥/١٥).

(٣) سورة آل عمران: آية ٥٧.

(٤) ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ ۚ وَلَا تَسْـَٔمُوٓا۟ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦ ۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟ ۖ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾.

لأن المسلمين قل ما يطلعون على عقودهم ومعاملاتهم، فالحاجة ماسة إلى قبول شهادتهم[1].

الجواب:

قولهم: أنه من أهل الولاية والأمانة.

قلنا: لا نسلم أهلية الولاية، وتلك المسألة ممنوعة، ولئن سلمنا أنه من أهل الولاية، لكن الولاية تخالف الشهادة سببًا وذاتًا ومحلًا؛ أما السبب: فلأن سبب الولاية القرابة، وسبب الشهادة الحرية والعقل والبلوغ والدين الحق، وأما الذات: فلأن الولاية إنشاء تصرف، فلا يكون الصدق فيه ركنًا، والشهادة إخبار والصدق ركن فيه، وأما المحل: فلأن محل الولاية الأقارب، ومحل الشهادة الأباعد الأجانب فظهر الفرق.

قولهم: بأنه من أهل الأمانة.

قلنا: إن عنيتم به أمانة يكون الصدق فيه ركنًا، فلا نسلم أنه من أهل تلك الأمانة، والشهادة أمانة يكون الصدق فيه ركنًا، والكافر ليس من أهلها لأن دليل الصدق لم يوجد في حقه على ما بَيَّنَّا.

قولهم: بأن الحاجة ماسة إلى إحياء حقوقهم؛ فأما الحاجة تندفع بقبول شهادة المسلمين.

قولهم: بأن المسلمين لا يطلعون على عقودهم.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/١٣٦)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨١).




قلنا: الإمكان ثابت ؛ لأنهم يتمكنون من الاطلاع ، والاعتبار بالإمكان في باب الشهادة كما قلنا في الشهادة على الزنا ، قل ما يطلعون على الزنا ، ولكن لما كان ممكنا اعتبر الإمكان ، كذلك ها هنا[1] ، والله أعلم بالصواب .



|٢٩٨| مسألة:

شهادة أحد الزوجين لصاحبه مقبولة عندنا[2] ، خلافًا لهم[3] .

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن النكاح لا يورث تهمة في الشهادة عندنا[4] ، وعندهم أورثها[5] .

❊ دليلنا: أنه من أهل الشهادة ، فوجب أن يقبل ، كما قبل النكاح[6] .

والدليل على أنه أهل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن الأهلية إنما تثبت بمعاني في الشخص مثل الحرية والعقل والبلوغ والعدالة وقد وجدت .

وأما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أنه أهل قبل النكاح ، وبالنكاح لا يخرج

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٦/١٥٨)، وبحر المذهب (١٤/١٥١).

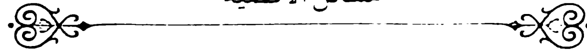
(٢) ينظر: اللباب (ص: ٤١٢)، والحاوي الكبير (١٧/١٦٦)، والتنبية (ص: ٢٧٠)، والمهذب (٣/٤٤٧)، وبحر المذهب (١٤/٢٨٩).

(٣) ينظر: الأصل (١١/٥٠٩)، ومختصر القدوري (ص: ٢٢٠)، والمبسوط (١٦/١٢١)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٦٢)، وبدائع الصنائع (٦/٢٧٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/١٦٧)، والمهذب (٣/٤٤٧)، وبحر المذهب (١٤/٢٩٠)،

(٥) ينظر: المبسوط (١٦/١٢٢)، وبدائع الصنائع (٦/٢٧٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/١٦٧)، والمهذب (٣/٤٤٧)، وبحر المذهب (١٤/٢٩٠).



على كونه أهلًا[١] [٢٢٤/ب]، ولا يكون مانعًا من قبول الشهادة؛ لأن النكاح عقد شرعي شرع الحكم ومقصود، فإنما يظهر أثناء النكاح فيما وضع له؛ إما لا يؤثر فيما وراء ذلك فوجود النكاح وعدمه على سواء.

والزوجان فيما وراء مقاصد النكاح كالأجنبيين في وضع الزكاة، حتى يجوز للزوجة وضع الزكاة في الزوج، وكذلك في جريان القصاص، ولو زنى بجارية زوجته يحد وراءهما فيما وراء النكاح كالأجنبيين، والشهادة أمر وراء النكاح، فهما كالأجنبيين فيها، فوجب أن تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه[٢].

❁ ودليلهم: أنه متهم في الشهادة، فوجب ألا تقبل كشهادة الوالد لولده[٣].

وبيان التهمة أن منفعة المال مشتركة بينهما، لأن كل واحد منهما ينتفع بمال صاحبه، ويعد ماله مال نفسه، ويعد نفسه عينًا بماله.

وإلى هذا أشار الله تعالى بقوله جل وعلا: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ﴾[٤]، أي بمال خديجة رضي الله عنها[٥]، إذا ثبت هذا، فإذا شهد صار كأنه شهد لنفسه من وجه، فيكون متهمًا، ويمكن أن يقال: بأن عقد النكاح يوجب للاتحاد بينهما؛ لأن النكاح ضم واحد للفردين، إذا ضم إلى الآخر صار كشيء واحد.

---

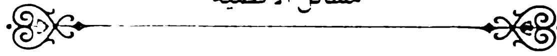
(١) قلت: وهذا الإجماع بناء على أن الأصل قبول الشهادة مالم يوجد مانع.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: المبسوط (١٦/١٢٢)، وبدائع الصنائع (٦/٢٧٢).

(٤) سورة الضحى: آية ٨.

(٥) ينظر: تفسير السمرقندي (٣/٥٩٢)، تفسير السمعاني (٣/٥٢٦).



وكان المعنى فيه هو أن هذا عقد عمر، ولا يتحقق قيام معيشة للضم إلا بعد أن يجعلا كشيء واحد، وإذا ثبت أنهما كشيء واحد، فإذا شهد كل واحد منهما لصاحبه صار كأنه شهد لنفسه من وجه، فلا يقبل[1].

الجواب:

قولهم: أنه متهم.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: إن منافع المال مشتركة بينهما.

قلنا: لا نسلم.

وقولهم: بأن كل واحد منهما ينتفع بمال صاحبه.

قلنا: شرعًا أم عادة؟! إن قلتم: شرعًا، فليس كذلك؛ لأنه لا يجوز مد اليد في الشرع إلى مال الغير والانتفاع به إلا برضا صاحبه، وإن قلتم: عادة، فنقول العادة مختلفة، فبعض الناس ينتفعون، وبعضهم يمتنعون عن الانتفاع، ومن ينتفع لا ينتفع بجميع المال، بل ينتفع بالبعض دون البعض، وعندكم لا تقبل شهادته في الكل.

ثم نقول: ينتفعون بالمال بالإذن؛ ألا ترى أنه إذا نهى يجوز، ولو لم يكن بالإذن لما صح النهي، وإذا كان الانتفاع بالإذن فلا يمنع قبول الشهادة.

قولهم: بأن النكاح موجب للاتحاد.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٦/١٢٢)، وبدائع الصنائع (٦/٢٧٢).




قلنا: محال؛ لأن النكاح يجري بين اثنين، فكيف يوجب الاتحاد إذا كان قضيته الغدر، ثم نقول: يوجب الاتحاد فيما هو من أحكام النكاح وثمراته، والشهادة ليس من جملة ذلك، فهما كالأجنبيين فيما يرجع إلى الشهادة [٢٢٥/أ] على ما بَيَّنَّا(١)، والله أعلم.



|٢٩٩| مسألة:

القضاء بالشاهد واليمين جائز عندنا(٢)، خلافًا لهم(٣).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اليمين شرعت للإثبات عندنا(٤)، وعندهم شرعت للنفي(٥).

❊ دليلنا: أنه أحد المتداعيين، فوجب أن يكون اليمين حجة في حقه؛ دليله: المدعى عليه(٦).

وهذا لأن اليمين إنما تكون حجة في حق المدعى عليه؛ لأن قوله محتمل للصدق والكذب، فالشرع جعل حجة لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب، كذلك قول المدعي متردد، فوجب أن يكون حجة لترجيح

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٦٧/١٧)، وبحر المذهب (٢٩٠/١٤).

(٢) ينظر: الأم (٩١/٧)، ومختصر المزني (٤١٠/٨)، واللباب (ص: ٤٠١)، والحاوي الكبير (٦٨/١٧)، ونهاية المطلب (٦٢٩/١٨)، والوسيط (٣٧٧/٧)، وبحر المذهب (١٥٢/١٤).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦٩/٨)، والمبسوط (٣٠/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٢٥/٦).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٧٢/١٧).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨٢/٨)، المبسوط (٣١/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٢٥/٦).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (٧٢/١٧)، وبحر المذهب (١٥٣/١٤).

جانب الصدق على جانب الكذب.

إذا ثبت أن اليمين مسموعة، فوجب أن تسمع للإثبات في حق المدعي؛ لأن اليمين حجة باعتبار الحاجة، فيعمل على وفق الحاجة إن كانت الحاجة إلى النفي، فتكون للنفي، وإن كان إلى الإثبات فتكون الإثبات هذا كالبينة، فإن البينة لما كانت حجة للحاجة فتكون على وفق الحاجة إن كانت إلى النفي، فتكون للنفي، وإن كانت إلى الإثبات حتى يسمع في حق المدعى عليه للنفي، كذلك ها هنا[1].

♦ ودليلهم: أنها حجة تقام في غير محلها، فوجب أن لا يصح فلا تقبل[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن محل اليمين هو النفي دون الإثبات، وإنما قلنا ذلك بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فإن المدعى عليه إذا حلف ثم أتى المدعي بالبينة فإنه يسمع، ولو كان للإثبات وجب أن لا يسمع إلا بعد نفي الملك من جهته[3].

وأما الحقيقة: فلأن صورة اليمين تدل على النفي؛ لأنه يحلف على أنه ليس عليه شيء، فإذا ثبت أن اليمين حجة النفي فهو استعملها للإثبات، فلا يصح؛ لأن النفي دون الإثبات، واليمين قوله، فيصلح أن يكون نافيًا ورافعًا،

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٨٢)، والمبسوط (١٧/٣١)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٨٢)، والمبسوط (١٧/٣١)، وبدائع الصنائع (٦/٢٢٥).




أما الإثبات إلزام على الغير، ولا يصح اليمين حجة للإلزام على الغير[١].

الجواب:

قولهم: حجة قامت في غير محلها.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن البينة حجة للنفي.

قلنا: في حق المدعى عليه للنفي؛ لأن حاجته إلى النفي، أما في حق المدعي للإثبات لما بَيَّنَّا أنه مشروع للحاجة، فيكون على وفق الحاجة.

وكان الفقه فيه أن اليمين لا يكون حجة للنفي لضعف فيه، حتى لا يصلح للإثبات، بل إنما يكون للنفي للحاجة إلى النفي، ففي كل موضع مس الحاجة إلى الإثبات يكون للإثبات كشهادة رجلين تسمع في المال لا لضعف فيه، لكن للحاجة حتى يسمع في العقوبات إن مست الحاجة، كذلك ها هنا[٢]، والله أعلم بالصواب.



|٣٠٠| مسألة: [٢٢٥/ب]

شهود الطلاق[٣] إذا رجعوا يجب عليهم ضمان منفعة البضع عندنا[٤]،

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/١٨٢)، والتهذيب (٨/٣٢٠).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٧٢)،

(٣) المقصود بالطلاق هنا: هو الطلاق الذي يكون بعد الدخول، أما قبل الدخول فقد اتفقوا أن عليهم الضمان. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٦٢)، والحاوي الكبير (١٧/٢٦٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٦١)، وبحر المذهب (١٤/٣٦٨)، والبيان (١٣/٤٠٢).




خلافًا لهم[١].

ومدار المسألة تحقيقًا على أن منفعة البضع متقومة عندنا[٢]، وعندهم غير متقومة[٣].

❊ دليلنا: أن الشهود بشهادتهم الباطلة أتلفوا على الزوج ما هو متقوم مملوك، فيكون مضمونًا عليهم[٤].

وبيان أنها متقومة بالحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فهي أن التقوم عبارة عن العزة، ومنفعة البضع عزيزة شريفة، بل شرفها فوق شرف سائر الأشياء، فدل أنها متقومة.

وأما الحكم: فلأنها متقومة في العقد الصحيح والفاسد، والمتقوم ما له قيمة في الشرع، ولمنفعة البضع قيمة في الشرع، فدل أنها متقومة؛ ولأنها لما صارت متقومة في العقد فأولى أن تكون متقومة في الإتلاف، لأن الإتلاف أوسع جهتي الضمان؛ ألا ترى أن الحر يضمن بإتلاف، ولا يضمن بالعقد؟! فإذا ضمنت بالعقد، لأن تضمن بالإتلاف كان بطريق الأولى[٥].

❊ ودليلهم: أتلفوا بشهادتهم ما ليس بمتقوم، فلا يوجب الضمان[٦].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٦١)، المبسوط (١٧/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨٥)،

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٦٢)، وبحر المذهب (١٤/٣٦٩)، والبيان (١٣/٤٠٢).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٦٢)، المبسوط (١٧/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨٥)،

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٦٢)، وبحر المذهب (١٤/٣٦٩)، والبيان (١٣/٤٠٢).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٢٦٢)، وبحر المذهب (١٤/٣٦٩)، والبيان (١٣/٤٠٢).

(٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٦٢)، والمبسوط (١٧/٤)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨٥).

وبيان أنه ليس بمتقوم الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنَّا أجمعنا على أن المرأة إذا ارتدت بعد الدخول لا يجب للزوج عليها شيء[1]، ولو كان منافع البضع متقومة وجب أن تجب، وكذلك لو وطئت بالشبهة، فالمهر يجب للمرأة؛ لأن الزوج ولو كانت متقومة في حق الزوج وجب أن يجب للزوج.

وأما الحقيقة: فهي أن الضمان إنما يجب بسبب العدوانية، وضمان العدوان مقدر بالمثل، ولا مماثلة بين المال وبين منفعة البضع، لا من حيث الصورة ولا من حيث المعنى، فدل أن المال لا يصلح أن يكون ضمانًا لمنفعة البضع، فلا تكون متقومة.

وخرج على هذا العقد؛ لأنَّا إنما قلنا أن منفعة مضمونة فيه، لأن ذلك ليس بضمان عدوان، فلا يبتنى على المماثلة، بخلاف مسألتنا[2].

الجواب:

قولهم: أتلفوا ما ليس بمتقوم.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن المرأة إذا ارتدت لا يجب عليها شيء للزوج.

قلنا: لا نسلم، فإنها لو ارتدت بعد الدخول وجب عليها دفع المسمى

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/٥٠)، والتهذيب (٥/٤١٨).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٦٢)، والمبسوط (٤/١٧)، وبدائع الصنائع (٦/٢٨٥).




إلى الزوج، ولئن سلمنا فإنما كان كذلك؛ لأن الردة ما وردت على محل النكاح، والنكاح إنما بطل ضمنًا وضرورة، بخلاف مسألتنا.

أما قولهم: بأن ضمان العدوان مقيد بالمثل.

قلنا: إنما يكون مقيدًا بالمثل [٢٢٦/أ] إذا كان له مثل، فأما إذا لم يكن له مثل تضمن بالقيمة، هذا كالحر؛ فإن الحر مضمون بالمال، وليس المال مثلًا له، ولكن إنما ضمن به لما بَيَّنَّا أنه إنما يكون مضمونًا بالمثل إذا كان له مثل.

أما إذا لم يكن له مثل فلا، وهذا لأن المال إن لم يصلح بدلاً أصليًا إلا أنه يصلح بدلًا ضروريًا؛ صيانة للمحل عن الإهدار كما قلنا في النفس سواء؛ والدليل عليه العقد الصحيح والفاسد.

قولهم: بأن ضمان العقد لا يكون مقيدًا بالمثل.

قلنا: ضمان العقد مقيد بما يصلح أن يكون ضمانًا، فلولا أن المال يصلح أن يكون ضمانًا للبضع، وإلا لما وجب(١)، والله أعلم.




(١) ينظر: الحاوي الكبير (٢٦٢/١٧)، وبحر المذهب (٣٦٩/١٤).

مسائل الدعاوى[1] والبينات[2]

|٣٠١| مسألة[3]:

بينة الداخل مسموعة ومقدمة على بينة الخارج عندنا[4]، خلافًا لهم[5].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن البينة إنما تقدم لكثرة الصدق عندنا[6]، وعندهم تقدم لكثرة الإثبات[7].

---

(١) الدعاوي لغة: جمع دعوى وهي: الطلب قال الله تعالى ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ أي: ما يطلبون. ينظر: التعريفات (ص: ١٠٤)، وحلية الفقهاء (ص: ٢٠٧). وأما في الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة، وعرفها الشافعية: إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم. ينظر: كنز الدقائق (ص: ٤٩٤)، والذخيرة (١١/٥)، وأسنى المطالب (٤/٣٨٦).

(٢) البيِّنات: جمع بينة، وهي: الحجة الواضحة، من البيان، وهو الإيضاح والكشف. ينظر: الصحاح (٥/٢٠٨٢)، وحلية الفقهاء (ص: ٢٠٧). والبينة في الاصطلاح: عرفها الشافعية بأنها: هم الشهود سُمُّوا بذلك؛ لأن بهم يظهر الحق ويتضح. ينظر: الفقه المنهجي (٨/٢٠٣).

(٣) صورة المسألة: فيمن ادعى دارًا في يدي رجل بأنها له، وادعاها الذي هي في يده، وأقام كل واحد منهما البينة؛ فالداخل هو من بيده الدار، والخارج هو المدعي. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٨٧)،

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٣٠٢)، وبحر المذهب (١٤/٤٠٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٨٧)، والمبسوط (١٧/٣٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٣٠٤)، وبحر المذهب (١٤/٤٠٦).

(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٨٧)، والمبسوط (١٧/٣٢).




❊ دليلنا: إنها بينة قامت من مدعي على دعوى الملك مع حاجته إليه، فوجب أن يسمع كبينة المدعي[1].

وبيان أنه مدعي لأن المدعي من يدعي شيئًا وينسب إلى نفسه ملكًا على ما قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ﴾[2]، والاستحقاق على الغير لا يتصور في الجنة، فدل أن الدعوى عبارة عن هذا.

وإنما قلنا: مدعي على دعوى الملك؛ لأن ذا اليد يدعي كذلك لنفسه، ويقول: هذا لي، وإن لم يقل فقوله: ليس لك، قد يضمن هذا المعنى، وإنما قلنا: مع حاجته إليه؛ لأنه لو لم يأت به ينتزع المال من يده، فوجب أن يسمع كالخارج سواء.

وبالأولى؛ لأنه لا ينتزع شيئًا من يده بخلاف الداخل[3].

❊ ودليلهم: أنها بينة قامت من غير صاحبها في غير محلها، فوجب أن يسمع؛ دليله: إذا أتى بها ابتداء[4].

وبيان أنها قامت من غير صاحبها؛ لأن البينات لا تعرف قياسًا، وإنما تعرف نصًا، لأن البينة قبول القول على الغير، والأصل أن لا يكون، ولأن غاية البينة غلبة الظن، وغلبة الظن متعارضة؛ لأن إنكاره محتمل للصدق والكذب.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٣٠٤)، وبحر المذهب (١٤/٤٠٦).
(٢) سورة فصلت: آية ٣١.
(٣) ينظر: المراجع السابقة.
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/١٨٨)، والمبسوط (١٧/٣٣).




والظاهر هو الصدق ؛ فدل أنها متعارضة ، فلا يصلح أن يكون حجة ، ولأنه يختص بلفظ مخصوص ، فدل أنه ثبت نصًا ، فيتبع مورد النص ، والنص إنما [٢٢٦/ب] ورد في حق المدعي(١) ، فلو ألحق المدعى عليه ، إنما يلحق إذا كان حاله بعد إقامة الخارج البينة لحال الخارج قبل إقامته البينة.

فلم يكن كذلك ؛ لأن حالة إقامته البينة الملك ثابت له ، لأن الملك لا يزول بإقامة الخارج البينة ، فقد أقام البينة في حالة يكون الملك ثابتًا له ، والخارج أقام في حالة لا يكون الملك ثابتًا له ، ولأن حال الخارجي إذا أقام البينة ، فقد وجد هناك منازع ينازعه وينكر ملكه ، بخلاف الداخل ، فدل أنه ليس حاله مثل حاله ، فلا يجوز إلحاقه به(٢).

الجواب:

قولهم: بينة قامت من غير الأهل في غير المحل.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: بأن البينات لا يمكن إثباتها قياسًا، وإنما تعرف بالنص، والنص إنما ورد في حق المدعي.

---

(١) لحديث ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب: التفسير ، باب: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُو۟لَـٰٓئِكَ لَا خَلَـٰقَ لَهُمْ﴾ [آل عمران: ٧٧] ، (٢١٣/٨) ، برقم: ٤٥٥٢ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب: الأقضية ، باب: اليمين على المدعى عليه ، (١٣٣٦/٣) ، برقم: ١٧١١.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (١٨٨/٨) ، والمبسوط (٣٣/١٧).




قلنا: بلى لكن هو مدعي كالخارج ؛ لأن حق الخارجي إنما سمع لكونه مدعيًا لتصحيح دعواه ، وهذا المعنى موجود ها هنا .

ثم نقول: النص إذا ورد وأمكن تعليله وجب تعليله .

وقولهم: إنما يلحق به إذا كان حاله مثل حاله .

قلنا: وحاله مثل حاله ؛ لأن الخارجي إذا أقام البينة صارت الداخل ساقطة الاعتبار ، وجعل كالذاهب الزائل ، وزال الظاهر من جانب الداخل إلى جانب الخارج ، وصار كمن لا يد له ولا ملك له ، ونزل منزلة الخارج في جميع الأحوال ، فدل أن حاله كحاله ، فيمكن الحاجة منه في سماع البينة[1] ، والله أعلم .



٣٠٢| مسألة:

القضاء بالنكول[2] باطل عندنا[3] ، وعندهم جائز[4] .

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن اليمين حق المدعى عليه عندنا[5] ،

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٣٠٥) ، وبحر المذهب (١٤/٤٠٧) .

(٢) النكول: نكل عن الشيء: إذا ضعف عنه وامتنع . ينظر: حلية الفقهاء (ص: ٢٠٧) ، ومقاييس اللغة (٥/٤٧٣) .

(٣) ينظر: التنبية (ص: ٢٥٤) ، والمهذب (٣/٣٩٦) ، ونهاية المطلب (١٨/٦٦٠) ، والوسيط (٧/٤٢٤) ، وبحر المذهب (١٤/١٧٩) ، والتهذيب (٨/٢٥١) .

(٤) ينظر: الجامع الصغير (ص: ١٨٧) ، ومختصر القدوري (ص: ٢٢٦) ، والمبسوط (١٧/٣٤) ، وبدائع الصنائع (٦/٢٣٠) .

(٥) ينظر: المهذب (٣/٣٩٦) .

وعندهم حق المدعي[1].

❊ دليلنا: أنه قضاء أخطأ حجته فلا يصح[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن النكول لا يصح أن يكون حجة، لأن النكول ليس بتنصيص على معنى، ولا إشكال فيه، وإذا لم يكن تنصيصًا لا يكون حجة؛ لأن الحجة مأخوذة من الحجة، وهي الطريق الواضح[3]، وإنما سمي الحجة حجة؛ لأنها موضحة للحق[4]، وإنما يكون موضحًا إذا كان تنصيصًا على عين الحق، أما إذا لم يكن فلا.

ولأن الحق ليس بثابت فلا بد من دليل مثبت، والنكول ليس فيه معنى الإثبات، لا من حيث الصورة، ولا من حيث المعنى:

أما صورة: فظاهر لأنه سكوت.

وأما معنى ودلالة: فكذلك؛ لأنها محتملة تحتمل أنه سكت ترفعا؛ لأنه نوع استدلال وإهانة، ويحتمل أنه سكت تجوزًا، ويحتمل أنه سكت تدبرًا وتفكرًا في الجواب، فدل أنه [٢٢٧/أ] يحتمل، فلا يجوز أن يكون الإثبات، فلا يكون الحق ثابتًا فلا يجوز القضاء به[5].

❊ ودليلهم: أن اليمين حق المدعي خلفًا عن الشيء المدعى، فإذا فات

---

(١) ينظر: المبسوط (٣٥/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٣٠/٦).
(٢) ينظر: المهذب (٣٩٦/٣).
(٣) ينظر: الصحاح (٢٠٨٢/٥)، وحلية الفقهاء (ص: ٢٠٧).
(٤) ينظر: المراجع السابقة.
(٥) ينظر: المهذب (٣٩٦/٣).




حقه في الخلف وجب أن يعود إلى الأصل[١].

وبيان أنه حق المدعي الشرع والحكم:

أما الشرع: فقول النبي ﷺ للحضرمية: «لك يمينه»[٢]، وإما فلأنه يتوقف على طلبه، وحق الإنسان يتوقف طلبه، ولأنه هو المنتفع به فدل أن اليمين حقه، ولا تكون حقًا له بعينها، ويتصورها بصورة اليمين.

وإنما يكون حقًا له لمعنى، وهو أن يعوض على المدعى عليه إن حلف، وإلا يقضى عليه بالنكول، وكان الفقه فيه أن المدعى يثبت بمجرد الدعوى؛ لأن الدعوى تصلح أن تكون دليلًا وحجة؛ ألا ترى أنه إذا لم يكن منازع يدفع المدعى إلى المدعي، ولأنه يرجح جانب الصدق على جانب الكذب، فدل أنه يصلح حجة؛ ولأن قوله هذا لِي موافق لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[٣].

فالله تعالى نص على أن المدعَى مخلوق للمدعي[٤]، وإذا ثبت له ولاية التملك، وبين سبب التملك، فإذا زعم هذا وادعى فدعواه موافقة للأصل الممهد في المال، فيثبت المدعى، إلا أنه عارضه إنكار المنكر.

---

(١) ينظر:: المبسوط (٣٥/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٣٠/٦).

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات، باب: سؤال الحاكم المدعي: هل لك بينة؟ قبل اليمين، (١٧٧/٣)، برقم: ٢٦٦٦، ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، (١٢٣/١)، برقم: ١٣٩.

(٣) سورة البقرة: آية ٢٩.

(٤) ينظر: معاني القرآن وإعرابه (١٠٧/١)، وتفسير القرطبي (٢٥١/١).




ودليل الصدق وغير ذلك من الدلائل هناك أيضًا، فلا بد من العمل بهما؛ فباعتبار دعوى المدعي قلنا: بأنه يثبت المدعى، وباعتبار الإنكار قلنا: لا يثبت في حق المدعى عليه ولا ينتزع المال من ماله، فأثبتنا له الحق في اليمين خلفًا عن المدعى، ولا يصلح أن يكون خلفًا، فإذا فات الخلف له الرجوع إلى الأصل(١).

الجواب:

قولهم: بأن اليمين حق المدعي.

قلنا: لا نسلم، بل هو حق المدعى عليه؛ لأنها تسمع على وفق دعواه، فإنها تسمع على النفي؛ ولأنه هو المنتفع به، لأنه يتخلص به عن الخصومة، أما قوله ﷺ: «لك يمينه»(٢)، لم يثبت على هذا الوجه(٣)، ثم نقول: معناه لك المطالبة بيمينه.

قولهم: يتوقف على طلبه.

قلنا: لا نسلم، ثم إن سلمنا، فالمعنى فيه أن شرع لقطع الخصومة، والخصومة بالطلب فتوقف لهذا المعنى.

قولهم: بأن المدعى ثابت بمجرد الدعوى.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٧/٣٥)، وبدائع الصنائع (٦/٢٣٠).

(٢) سبق تخريجه في (ص: ٥٩٢).

(٣) بل الصحيح أنه ثبت على هذا الوجه كما في رواية مسلم، وأما رواية البخاري فوردت بلفظ «احلف». ينظر: صحيح البخاري (٣/١٧٧)، وصحيح مسلم (١/١٢٣).

قلنا: هذا محال؛ لأنه مخالف لنص رسول الله ﷺ[1]، وقد عارضه أيضًا إنكار المنكر، وعند المعارض لا يصلح حجة، ولأن إنكار المنكر محتمل للصدق، ويرجح كما قلتم في الدعوى، وليس هذا أولى بالاعتبار من ذلك.

قولهم: إنه يظهر في حق المدعي [٢٢٧/ب] عليه.

قلنا: هذا محال لا يثبت عليه، وثبوته عليه لا يعرف إلا بظهوره في حقه، فدل أن هذا محال؛ لأن عندكم المدعى يثبت في حق المدعي، فلا يظهر في حق المدعى عليه والخلف إذا ثبت على وصف، فلا يزيد درجته على درجة الأصل باليمين التي توجهت على المدعى عليه، يستحيل أن يكون خلفًا عن المدعى الذي ثبت في جانب المدعى، فدل أنه لا يستقيم، والله اعلم.



٣٠٣| مسألة:

رجلان لو تداعيا نسب مولود، وأقام كل واحد منهما البينة، لا يثبت النسب منهما جميعًا، بل يعرض الولد على القافة[2]، فبأيهما ألحق يلتحق به

---

(١) لحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: التفسير، باب: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ﴾ [آل عمران: ٧٧]، (٢١٣/٨)، برقم: ٤٥٥٢، ومسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعى عليه، (١٣٣٦/٣)، برقم: ١٧١١.

(٢) القافة: جمع قائف، وهو: الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. ينظر: الفائق في غريب الحديث (٤٥/٣)، ولسان العرب (٢٩٣/٩).

عندنا[١]، وعندهم يثبت النسب منهما[٢]، وكذا الخلاف في امرأتين[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن الرجوع في قول القافة صحيح عندنا[٤]، وباطل عندهم[٥].

❊ دليلنا: أن ثبوت النسب من رجلين لا يتصور؛ لأنه لا يتصور وجوده من رجلين وما يستحيل وجوده يستحيل ثبوته[٦].

بيانه أن النسب تبع للماء، وانعلاق الولد من ماء رجلين لا يتصور؛ لأن الماء إذا انعلق في الرحم انسد فم الرحم، فلا يتصور حصول ماء آخر فيه.

والدليل على أن المرأة إذا أتت مولدين دفعة يحصل ذلك توأمين حتى إن نفي أحدهما نفي الآخر، وإثبات أحدهما إثبات الآخر؛ لأنهما انعلقا من ماء رجل واحد، ولو تصور من رجلين لا يضاف إلى هذا.

إذا ثبت هذا فلا بد من المصير إلى القافة، ويجوز ذلك؛ بدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ دخل عليها وأسارير[٧] وجهه تبرق[٨]،

---

(١) ينظر: الأم (٦/٢٦٥)، ومختصر المزني (٨/٤٢٦)، والإقناع (ص: ٢٠٤)، الحاوي الكبير (١٧/٣٨٠)، وبحر المذهب (١٤/٤٧٥).

(٢) ينظر: المبسوط (١٧/١٣١)، وتحفة الفقهاء (٣/٣٥٣)، وبدائع الصنائع (٦/٢٥٣).

(٣) قلت: ومعناه، الخلاف في امرأتين تداعيا نسب مولود.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٣٨٤)، وبحر المذهب (١٤/٤٧٨).

(٥) ينظر: المبسوط (١٧/١٣١)، وبدائع الصنائع (٦/٢٤٦).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٧/٣٨٤)، وبحر المذهب (١٤/٤٧٨).

(٧) أسارير: هي الخطوط التي في الجبهة. ينظر: تهذيب اللغة (١٢/٢٠٢)، والصحاح (٢/٦٨٣).

(٨) تبرق: ومنه برق السيف وغيره يبرق بروقا، أي: لمع وتلألأ. ينظر: الصحاح (٤/١٤٤٨)، لسان العرب (١٠/١٥).

فقال لها: «ألم تسمعي ما قال مجوز المدلجي، مر بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة[1] غطيا رأسيهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[2]، فسر به رسول الله ﷺ، فدل أنه مشروع، فلا بد من القول به والمصير إليه[3].

❖ ودليلهم: أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيما يقبل الاشتراك، فيستويان في الاستحقاق كما في سائر الأموال[4].

وبيان أنهما استويا في سبب الاستحقاق أن سبب الاستحقاق إنما هو الدعوة والبينة، وهما قد استويا في ذلك؛ لأن كل واحد منهما أتى بالدعوة والبينة.

وبينة كل واحد منهما تستند إلى أصل صحيح؛ لأن إحداهما ربما تستند إلى نكاح صحيح، والثانية إلى نكاح فاسد والفاسد كالصحيح في إثبات النسب، وفي إطلاق الشهادة

وإنما ذلك فيما يقبل الاشتراك؛ لأن النسب يقبل الاشتراك بدليل الحقيقة [٢٢٨/أ] والحكم:

---

(١) قطيفة: هي كساء مربع غليظ له خمل ووبر، وقيل: دثار مخمل. ينظر: القاموس المحيط (ص: ٨٤٥)، وتاج العروس (٢٧٠/٢٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: القائف، (١٥٧/٨)، برقم: ٦٧٧١، ومسلم في صحيحه، كتاب: الرضاع، باب: العمل بإلحاق القائف الولد، (١٠٨٢/٢)، برقم: ١٤٥٩.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨٤/١٧)، وبحر المذهب (٤٧٨/١٤).

(٤) ينظر: المبسوط (١٣١/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٤٦/٦).

أما الحكم: فلأنه يقبل الاشتراك فيما بين الوالدين.

وأما الحقيقة: فهي أن النسب يبتنى على الماء، وانعلاق الولد من ماء رجلين يتصور حتى أن الرجل إذا تزوج بامرأة ووطأها، وجاء رجل آخر ووطأها بالشبهة في الحال، يتصور انخلاق الولد من مائهما، فدل أنه يتصور، ويقبل الاشتراك لهذا المعنى، وإن قلنا: إن النسب لا يقبل الاشتراك لكن النسب لا يراد لعينه، وإنما يراد لأحكامه نحو التربية والحضانة والإرث والنفقة، وهذه الأحكام قابلة للاشتراك، فإذا كانت الأحكام قابلة للاشتراك، فجعلنا الدعوة في النسب مجازًا عن الدعوة في الأحكام[1].

الجواب:

قولهم: إنهما استويا في سبب الاستحقاق فيما يقبل الاشتراك.

قلنا: لا نسلم أنه يقبل الاشتراك لما بَيَّنَّا.

قولهم: يقبل فيما بين الزوجين.

قلنا: لأن العادة جرت بخلق الولد من ماء الذكر والأنثى، وإذا جرت العادة بذلك،

قلنا: بأنه يضاف إليهما.

قولهم: بأنه يستند أحدهما إلى نكاح صحيح والثاني إلى فاسد.

قلنا: هذا محال؛ لأن انخلاق الولد من ماء رجلين لا يتصور، فإذا

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣١/١٧)، وبدائع الصنائع (٢٤٦/٦).

انخلق من الماء بنكاح صحيح، فلا يتصور، وانخلاقه بنكاح فاسد من رجل آخر على ما بَيَّنَّا.

قولهم: إن لم يتصور الاشتراك في النسب يتصور في الأحكام.

قلنا: لا نسلم؛ لأن الأحكام من أحكام النسب، وأحكام النسب لا تقبل الاشتراك، وإنما يقبل الاشتراك إذا لم يكن أحكام النسب، أما إذا كان يبنى على النسب لا يقبل الاشتراك؛ كأحكام النكاح، فإنها قابلة للاشتراك في نفسها، أما إذا كان بناء على النكاح لا يقبل الاشتراك، حتى إن الرجلين إذا تنازعا في نكاح امرأة لا تثبت الأحكام بينهما، كذلك ها هنا[1]، والله أعلم.

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٨٦/١٧)، وبحر المذهب (٤٧٩/١٤).

مسائل الإعتاق[1]

۞|٣٠٤| مسألة:

العتق يتجزأ على البيان والقرار حالة الإعسار عندنا[2]، وعندهم لا يتجزأ على سبيل القرار والبيان[3].

وصورة المسألة: عبد مشترك بين رجلين، فأعتق أحدهما نصيب نفسه وهو معسر عتق ما عتق وبقي الباقي رقيقًا عندنا[4]، وعندهم يستسعى العبد حتى يكتسب ويدفع المال إلى الشريك الذي لم يعتقه فيعتق كله[5].

---

(١) العتق لغة: القوة، يقال: عتق الطائر: إذا قوي على الطيران، وعتاق الطير: كواسبها لقوتها على الكسب. ينظر: الكليات (ص: ٦٥٦)، التعريفات الفقهية (ص: ١٤٣). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: عبارة عن إسقاط المولى حقه عن مملوكه بوجه يصير به من الأحرار، وعرفه الشافعية بأنه: إسقاط الملك عن الآدمي تقربًا إلى الله تعالى. ينظر: الجوهرة النيرة (٩٥/٢)، والنجم الوهاج (٤٦١/١٠).

(٢) ينظر: الأم (١٣/٨)، واللباب (ص: ٤١٧)، والحاوي الكبير (٥/١٨)، ونهاية المطلب (٢٠٦/١٩)، وبحر المذهب (١٦٢/٨).

(٣) خلافا لأبي حنيفة؛ حيث أن رأيه موافق لرأي الشافعية. ينظر: الأصل (٩٨/٥)، شرح مختصر الطحاوي (٢٨٣/٨)، والمبسوط (١٠٥/٧)، وبدائع الصنائع (٨٦/٤).

(٤) ينظر: الأم (١٣/٨)، واللباب (ص: ٤١٧)، والحاوي الكبير (٥/١٨)، ونهاية المطلب (٢٠٦/١٩)، وبحر المذهب (١٦٢/٨)، والتهذيب في (٣٦١/٨)، والبيان (٣٢٣/٨).

(٥) ينظر: الأصل (٩٨/٥)، شرح مختصر الطحاوي (٢٨٣/٨)، المبسوط (١٠٤/٧)، وبدائع الصنائع (٨٦/٤).

أما إذا كان موسرًا تتنجز الحرية في الحال، ويضمن نصيب شريكه، فالحاصل أن العتق عندنا لا يتجزأ [٢٢٨/ب] على الإطلاق، لكن لا على سبيل القرار، بل يكمل حالة اليسار بالتضمين، وحالة الإعسار بالسعاية(١).

❊ دليلنا: تعليل بجانب الإعسار، فنقول: الدليل على أن العتق قابل للتجزيء على سبيل القرار والثبات أن العتق تصرف في الملك من حيث الإزالة، والتصرف في الملك من حيث الإزالة قابل للتجزيء؛ بدليل البيع وسائر التصرفات(٢).

فلأن العتق تصرف من حيث الإضافة فسقط بقدر الإضافة، إن أضاف الكل ينفذ في الكل، وإن أضاف إلى البعض ينفذ في البعض كسائر التصرفات.

فإذا ثبت أنه يتجزأ، فقلنا: يتجزأ على الدوام؛ لأنه لا مانع عن الدائم لا محسوسًا ولا مشروعًا:

أما من حيث المحسوس: فظاهر لأنه ليس شيء محسوس.

وأما من حيث المشروع: فكذلك؛ لأن الملك شرعًا لا يراد لعينه، وإنما يراد للتصرفات والانتفاع، والكل يقبل التجزيء(٣).

❊ ودليلهم: أن العتق قابل للتجزئة، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه تصرف في المالية، والتصرف في المالية قابل للتجزئة كسائر التصرفات(٤).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/١٨)، وبحر المذهب (١٦٣/٨).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٦/١٨)، وبحر المذهب (١٦٣/٨).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) ينظر: المبسوط (١٠٥/٧)، وبدائع الصنائع (٨٦/٤).

وإنما قلنا: تصرف في المالية؛ لأن المالية حق له والإنسان إنما يتصرف في حق نفسه لا في حق غيره، والرق ليس بحق له، فلا يكون العتق تصرفًا فيه.

والتصرف في المالية يقبل التجزيء على ما بَيَّنَّا، إلا أنه إذا أعتق لا يبقى الرق؛ لأن الرق لا يراد لعينه إنما يراد للمالية، فإذا لم تبق المالية لا فائدة لبقاء الرق، فلا يبقى إذا ثبت أن العتق قابل للتجزيء فإذا وجد قلنا: بأنه ثبت قوة البعض إلا أنا كملنا كيلا يؤدي إلى الجمع بين الأحكام المتضادة؛ لأن بين أحكام الرق وبين أحكام الحرية تضاد وتنافٍ، فكملنا إما بالتضمين وإما بالسعاية[1].

الجواب:

قولهم: بأن العتق قابل للتجزيء.

قلنا: بلى، إلا أن في حالة اليسار لا يتجزأ بالنص.

قولهم: بأنه تصرف في المالية دون الرق.

قلنا: الرق والمالية شيء واحد؛ لأن المالية في الآدمي تسمى رقًا.

قولهم: بأنَّا كملنا كيلا يؤدي إلى الجمع بين الأحكام المتضادة.

قلنا: لا يؤدي إلى الجمع؛ لأن الجمع إنما يكون إذا كان المحل متحدًا، وليس كذلك ها هنا، بل المحل مختلف؛ لأن أحكام الحرية إنما

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

تثبت في ذلك القدر الذي حصلت الحرية فيه [٢٢٩/أ]، وأحكام الرق تبقى في ذلك القدر الذي بقي الرق فيه، ولا تضاد ولا [تطابق][١] هذا كالمكاتب فإنه حرًا يدًا ومملوكًا ذاتًا، وثبت له أحكام الحرية والرق، ومع ذلك لا يكون تضاداً في الأحكام، كذلك ها هنا[٢]، والله أعلم.



|٣٠٥| مسألة:

من أعتق ستة أعبد له في مرض موته، وقيمتهم سواء، وليس له مال سواهم؛ عندنا يجمع العتق في اثنين منهم بالقرعة[٣]، وعندهم لا يجمع، بل من كل واحد منهم ثلثه، ويستسعي في الباقي، فلا يجوز المصير إلى القرعة[٤].

❊ دليلنا: أنه وصية جاوزت محلها ومعدنها، فوجب الرد إلى معدنها[٥].

وقولنا: وصية لا إشكال فيه، ولهذا يعتبر خروجه من الثلث.

وقولنا: جاوزت محلها ظاهرًا أيضًا؛ لأن محل الوصية الثلث، والثلث في الستة اثنان، فوجب أن يرد إلى الاثنين، فرددنا إلى اثنين، وأبطلنا فيما وراء ذلك؛ لأن ما وراءه ليس بمحل لهذا التصرف، والتصرف إذا لم يصادف

(١) هكذا كتبت في الأصل.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (٧/١٨)، وبحر المذهب (١٦٣/٨).

(٣) ينظر: الأم (١٠٠/٤)، ومختصر المزني (٤٢٩/٨)، والحاوي الكبير (٣٥/١٨)، والمهذب (٣٧٣/٢)، ونهاية المطلب (٢٢٨/١٩).

(٤) ينظر: الأصل (٣١٠/٥)، شرح مختصر الطحاوي (٣٢٨/٨)، والمبسوط (٧٥/٧).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣٥/١٨)، وبحر المذهب (١٨٦/٨).

محله يبطل إلا أن محل الوصية ليس بمعلوم، فصار إلى القرعة للتعيين، والمصير إلى القرعة للتعيين جائز[1].

﴿ ودليلهم: أنهم استووا في سبب الاستحقاق، فيستوون في الاستحقاق، كما لو أوصى برقابهم لإنسان[2].

بيانه أن سبب الاستحقاق العتق، والكل في العتق سواء؛ لأنه أضاف إليهم فدل أنهم استووا في سبب الاستحقاق، فينبغي أن يستووا في الاستحقاق، كما إذا أوصى برقابهم لإنسان.

ولا فرق؛ لأن هناك أوصى برقابهم لغير، وها هنا أوصى برقابهم لهم، ثم هناك لا يجمع الملك في الاثنين، كذا ها هنا، وكذلك لو أوصى برقابهم لآبائهم لا يجمع العتق في الاثنين، كذا ها هنا، وهذا كله الفقه، وهو أن في جمع العتق في الاثنين يؤدي إلى الظلم؛ لأن فيه إعطاء البعض وحرمان البعض، فلا يجوز المصير إليه[3].

الجواب:

قولهم: استووا في سبب الاستحقاق.

قلنا: لا نسلم؛ لأن سبب الاستحقاق الوصية، ومحلها الثلث، والثلث من الستة اثنان، فسبب الاستحقاق في الحقيقة إنما وجد في الاثنين، إلا أنه

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣٢٩)، والمبسوط (٧/٧٥).

(٣) ينظر: المراجع السابقة.




غير معين، فصرنا إلى القرعة للتعيين.

أما إذا وصى برقابهم لإنسان. قلنا: ذاك خارج على معنيين: أحدهما: أن هناك لا يؤدي إلى تأخير حق الورثة؛ لأن عندكم [٢٢٩/ب] يستسعي العبد في الباقي، الثاني: أن تمليك الغير ليس بقربه، فلا حاجة ألا تكتمل الحرية، وهذا هو الجواب عن ما إذا أوصى برقابهم لآبائهم؛ لأن ذلك تمليك.

قولهم: بأن هذا يؤدي إلى الظلم؛ لأن الحرمان حاصل للبعض.

قلنا: أنتم تقولون بالحرمان أيضًا؛ لأنه أضاف العتق إلى الكل في حق كل واحد منهم، وأنتم رددتم إلى الثلث، فقد قلتم بالحرمان، ثم نقول: إنما يكون حرمانًا إذا وجد سبب الاستحقاق في حق الكل، وقد بَيَّنَّا أن سبب الاستحقاق وجد في حق الاثنين؛ لأن سبب الاستحقاق الوصية، والوصية إنما تصح في الثلث، والثلث اثنان منهم[(١)]، والله أعلم.



|٣٠٦| مسألة:

إذا قال لعبده الذي هو أكبر سنًا منه: أنت ابني، أو هذا ابني، لا يعتق عليه عندنا[(٢)]، خلافًا لهم[(٣)].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٥/١٨)، وبحر المذهب (١٨٦/٨).

(٢) ينظر: بحر المذهب (٢١٩/٨).

(٣) وخالف الحنفية بذلك أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فإن رأيهم كرأي الشافعية في هذه المسألة. ينظر: الأصل (٦٧/٥)، والمبسوط (٦٧/٧)، تحفة الفقهاء (٢٦٠/٢)، وبدائع الصنائع (٥١/٤).

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن هذا اللفظ لا يمكن أن يجعل مجازًا عن العتق عندنا[١]، وعندهم يمكن ذلك[٢].

❊ دليلنا: أنه محال في كلامه، فوجب أن يلغو، كما لو قال: أعتقك قبل أن أخلق أو تخلق[٣].

وإنما قلنا: أنه محال في كلامه؛ لأن هذا كلام باطل في نفسه، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الباطل ما لا حكم له، ولا حكم لهذا الكلام؛ لأن حكمه البنوة، لأنه نص عليه، ولا بنوة ها هنا، فكان باطلًا؛ يدل عليه وهو أن لهذا اللفظ حكمان:

أحدهما: إثبات عتق منهم في حق الولد.

والثاني: إثبات عتق مؤجل في حق الأم، حتى لو كانت أمه في ملكه صارت أم ولده، وها هنا لا يثبت ذلك الحكم، وهو العتق المؤجل؛ فكذا المنجز[٤].

❊ ودليلهم: أنه لفظ أمكن تصحيحه بطريق المجاز، فوجب أن يصحح[٥].

لأن للعرف كلامين، حقيقة ومجازًا؛ إن أمكن تصحيحه حقيقة يصحح،

---

(١) ينظر: بحر المذهب (٨/٢١٩).

(٢) ينظر: المبسوط (٧/٦٧)، وبدائع الصنائع (٤/٥٢).

(٣) ينظر: بحر المذهب (٨/٢١٩).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

(٥) ينظر: المبسوط (٧/٦٧)، وبدائع الصنائع (٤/٥٢).

وإلا فيصحح مجازًا صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء.

وقد أمكن تصحيح كلامه هذا بطريق المجاز.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن البنوة سبب العتق، والعتق حكم له، فإذا صرح بالبنوة فكأنه كنى بالسبب عن المسبب، والكناية بالسبب عن المسبب جائز، فقلنا: بأنه يصح لهذا المعنى(١).

الجواب:

قولهم: لفظ أمكن تصحيحه بطريق المجاز.

قلنا: لا نسلم، ثم نقول: كيف تقولون هذا اللفظ مجاز عن الحرية؟! بطريق الإنشاء أم بطريق الإخبار؟! إن قلتم: إنشاء، فهذا محال؛ لأن في موضع الحقيقة يكون إظهارًا للحرية، فإذا جعلتم إنشاء [٢٣٠/أ] فيكون في المجاز أكثر من العمل في الحرية، وإن قلتم: بطريق الإخبار فهذا محال؛ لأن الخبر إذا تطرق إليه الكذب لا يكون معتبرًا، وإذا كان كذبًا محضًا فكيف يكون معتبرًا.

قولهم: بأن البنوة سبب للعتق.

قلنا: البنوة سبب للحرية من غير اختياره وإيثاره، لا الحرية حصلت باختياره، فالحاصل أن البنوة وجودها سبب لوجود الحرية، لا لإنشاء الحرية، وأنتم جعلتم هذا اللفظ كناية عن إنشاء الحرية، فما هو حكم

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

البنوة؟! ما أثبتم وما أثبتم ليس بحكم للبنوة، فلا يمكن أن يحصل كناية، والله أعلم بالصواب.

۲۰۷| مسألة:

من اشترى أخاه لا يعتق عليه عندنا[1]، خلافًا لهم[2].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن العتق في حق الوالدين والمولودين جعل نصًا غير معقول المعنى عندنا[3]، وعندهم معلل بالمحرمية[4].

❊ دليلنا: أن الشراء سبب لملك دائم مستقر، فوجب أن لا يقطع إلا بقاطع، ولم يوجد القاطع، فبقى على ما كان[5].

وإنما قلنا: إن الشراء سبب لملك دائم؛ لأنه سبب الملك ابتداء فيكون سببًا للدوام؛ لأن الدوام عين الثبوت، لأنه عبارة عن تكرر الثبوت، وتجدد الثبوت فإذا كان سببًا للثبوت يكون سببًا للدوام ضرورة.

وإذا ثبت أنه سبب للدوام فلا يقطع عليه إلا بقاطع مؤثر، والقاطع هو الملك؛ لأنه يملكه، ولا يجوز قطع ملكه إلا بإذنه، ولم يوجد منه القطع،

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧١/١٨)، ونهاية المطلب (٢٤٤/١٩)، وبحر المذهب (٢١٦/٨)، والتهذيب (٣٩٤/٨).
(٢) ينظر: المبسوط (٧٠/٧)، وتحفة الفقهاء (٢٧٧/٣)، وبدائع الصنائع (٤٧/٤).
(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧٢/١٨).
(٤) ينظر: المبسوط (٧٠/٧)، وبدائع الصنائع (٤٨/٤).
(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٧٢/١٨).




ولا الإذن بالقطع[١].

❁ ودليلهم: أنه قرابة تفيد حرمة النكاح، فوجب أن تفيد العتق، كقرابة الوالدين والمولودين[٢].

وإنما قلنا ذلك؛ لأن هذه القرابة موجبة للصلة، محرمة للقطيعة، بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحقيقة: فلأن الصلة كرامة، والقرابة مستديمة للكرامة، والقطيعة إهانة والقرابة دافعة للإهانة،.

والدليل على أنها موجبة للصلة: قول الله تعالى: ﴿وَٱلۡأَرۡحَامَ﴾[٣]، أي لا تقطعوها[٤]، ولأنه يوجب حرمة النكاح؛ وإنما يوجب لأن في النكاح قطيعة الرحم على ما قال النبي ﷺ: «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن»[٥]، ولأن فيه استفراش، وذلك إهانة، فدل أن حرمه بعلة الرحم، كذلك وجب أن يجعل العتق لعلة الرحم.

---

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: المبسوط (٧/٧٠)، وبدائع الصنائع (٤/٤٨).

(٣) سورة النساء: آية ١.

(٤) ينظر: تفسير سفيان الثوري (ص: ٨٥)، تفسير الطبري (٦/٣٤٨).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب: النكاح، باب: ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، (٦/٢٦٣)، برقم: ١٠٧٦٦، وابن حبان في صحيحه، (٩/٤٢٦)، برقم: ٤١١٦، وفي سنده أبو حريز، قال ابن حبان: «أبو حريز: اسمه عبد الله بن الحسين قاضي سجستان، وأبو حريز مولى الزهري ضعيف واهي، اسمه سليم وجميعا يرويان عن الزهري» وقال الألباني: حديث ضعيف. ينظر: صحيح ابن حبان (٩/٤٢٦)، والتعليقات الحسان (٦/٢٢٢).

وبالأولى ؛ لأن قطيعة الرحم في بقاء الملك أكثر منه في [٢٣٠/ب] النكاح ، فلما حرم النكاح ؛ لأن يعتق أولى[١] .

الجواب:

قولهم: قرابة تفيد حرمة النكاح ، فوجب أن تفيد العتق .

قلنا: لم قلتم ذلك ؟! وفرق بين النكاح وبين مسألتنا ، ولهذا إن هناك منع من انعقاد النكاح ، ولا يمنع من انعقاد البيع هنا ؛ ولأن النكاح استحداث ملك ، بخلاف مسألتنا .

ولأن النكاح للسكن والازدواج والاستمتاع ، ولا يحصل ذلك من نكاح المحارم ؛ لأن الطباع مجبولة على توقيرهم ، بخلاف ملك اليمين ؛ لأن مقصوده إنما هو الاستخدام ، وليس في الطباع نفرة عن ذلك ؛ ولأن شبهة الجزئية موجودة في هذه القرابة ، وشبهة الجزئية ملحقة فيه بدليل الرضاع .

فقولهم: بأن القرابة موجبة للصلة .

قلنا: لا نسلم هذه القرابة ، والآيات والخبر وردت في حق الوالدين والمولودين ، ثم نقول: هذا الكلام لا يستقيم ؛ لأن قولكم يقتضي وجوب الإعتاق عليه ، والخلاف في وجود العتق ، وأي دليل عليه ، وما ذكرتم دليل الوجوب[٢] ، لا دليل الوجود ، والله أعلم .



---

(١) ينظر: المبسوط (٧/٧٠) ، وبدائع الصنائع (٤/٤٨) .

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/٧٣) .

٣٠٨| مسألة التدبير[١]:

بيع المدبر صحيح عندنا[٢]، وباطل عندهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن التدبير لم ينعقد سبب العتق في الحال عندنا[٤]، وعندهم ينعقد[٥].

❊ دليلنا: أن التدبير وصية، فلا يمنع البيع؛ دليله: سائر الوصايا[٦].

وبيان أنه وصية؛ أن الوصية حقيقة وحكمًا:

أما حقيقتها: فإيجاب حق بالموت، وقد وجد هذا المعنى في التدبير؛ لأنه ليس إلا إيجاب العتق والموت.

وأما حكمها: فالخروج من الثلث، التدبير أيضًا تعين خروجه من الثلث، فدل أنه وصية.

---

(١) التدبير لغة: هو عتق العبد عن دبر، وهو أن يعتق بعد موت صاحبه، فهو مدبر. ينظر: الصحاح (٢/٦٥٥)، مجمل اللغة (ص: ٣٤٥). وفي الاصطلاح: عرفه الحنفية بأنه: العتق الواقع عن دبر من الإنسان، وعرفه الشافعية بأنه: تعليق عتق يقع بعد الموت. ينظر: البناية (٦/٨٧)، والنجم الوهاج (١٠/٥٠٩).

(٢) ينظر: الأم (٨/١٦)، الإقناع (ص: ٢٠٦)، والحاوي الكبير (١٨/١٠٢)، والمهذب (٢/٣٧٦)، ونهاية المطلب (١٩/٣٠٩)، والوسيط (٣/٤٦٨)، وبحر المذهب (٨/٢٣٣)، والتهذيب (٨/٤١٠)، والبيان (٥/٥٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٢٧٤)، ومختصر القدوري (ص: ١٧٧)، والمبسوط (٧/١٧٩)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٧٨)، وبدائع الصنائع (٤/١٢٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/١٠٢)، وبحر المذهب (٨/٢٣٤)،

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٢٧٦)، والمبسوط (٧/١٧٩)، وبدائع الصنائع (٤/١٢١).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/١٠٢)، وبحر المذهب (٨/٢٣٤).

والدليل عليه أيضًا: أن التدبير تعليق إيجاب حق بالموت، والأصل أن لا يجوز ذلك؛ لأن الموت سبب للزوال، فيستحيل أن يكون سببًا للثبوت، غير أن الشرع جوز باعتبار الحاجة؛ لأن الإنسان ربما فرط في حال حياته، فالشرع شرع التدارك، فكل تصرف سبيله هذا، وهو تعلق وجوب حق بالموت فهو وصية.

وإن لم تكن وصية يبقى على الأصل، وهو أن لا يجوز، وها هنا التدبير صحيح، دل أنه وصية، فلا يمنع البيع كسائر الوصايا؛ وبهذا تبين أنه لا ينعقد سببًا للحرية في الحال، لأن الوصية لا تخلو؛ إما أن تكون استخلافًا أو تمليكا، وأيهما كان يكون بعد الموت [٢٣١/أ] فلا ينعقد سببًا في الحال(١).

❦ ودليلهم: أن التدبير إثبات خلافة ثمرتها العتق، فينعقد سببًا للحرية في الحال(٢).

وإنما قلنا: إثبات خلافة لأنَّا أجمعنا على أن الوصية إثبات خلافة(٣)، وبيان أن الوصية خلافة أنها مشروعة، ولو كانت تمليكًا وجب أن لا تكون مشروعة؛ لأن هذا تعليق الملك بحالة زوال الملك؛ ولأنه يصح في المعدوم.

والمعدوم ولو كان تمليكًا وجب أن لا يصح، فدل أنه خلافة؛ ولأن الإرث خلافة كذلك الوصية إذا ثبت أن الوصية خلافة، كذا التدبير لأن

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٧٦/٨)، والمبسوط (١٨٠/٧)، وبدائع الصنائع (١٢١/٤).

(٣) الصحيح أن ليس فيه إجماع بين المذهبين، ويؤيده في ذلك ما أجاب به المؤلف عن أدلة المعارض، والله اعلم.




التدبير وصية، إلا أن الوصية خلافة في الملك، والتدبير خلافة في العتق، وإذا ثبت أنه خلافة فينعقد سببًا للعتق في الحال.

ثم السبب ملحق بالمسبب، والمسبب وهو العتق لا يقبل النقض، فكذا السبب لا يقبل النقض، وفي البيع نقضه، فلا يصح[1].

الجواب:

قولهم: بأن التدبير عقد خلافة ثمرتها العتق كالوصية.

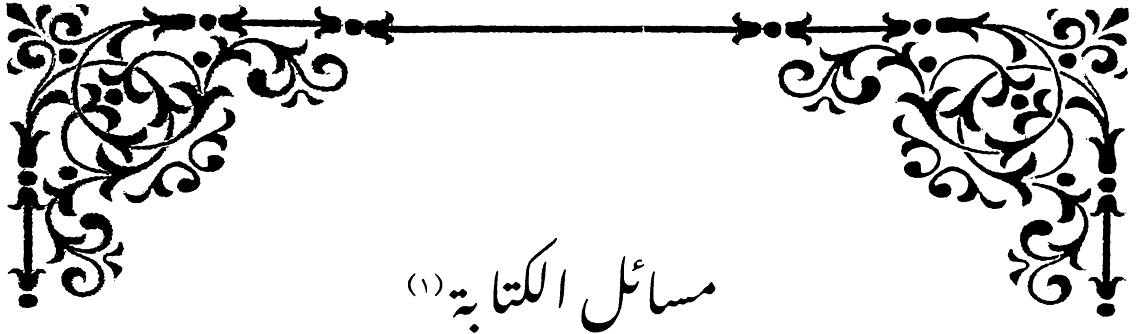
قلنا: لا نسلم بأن الوصية خلافة، بل هي تمليك، ثم إن سلمنا أنها خلافة، لكن هذه خلافة تنبني على عقد، وهو الوصية، وهذا العقد يقبل النقض، كذا الخلافة التي تنبني عليه تقبل النقض؛ وهذا لأن النقض لا يلاقي العتق حتى يقال: لا يقبل، بل يلاقي العقد، إلا أنه إذا انتقض العقد، لا يبقى العتق.

قولهم: بأنه ينعقد سببًا في الحال.

قلنا: لا نسلم، بل يكون سببًا حالة الموت، وهذا لأن هذه خلافة بجهة الوصية، وذلك تعليق الإيجاب بالموت بالإيجاب، لما كان معلقًا بالموت فقبل الشرط لا يكون سببًا بل في الحال عقد خلافة، والعقد يقبل النقض، والذي ينبني عليه أيضًا ينتقض ولا يبقى[2]، والله أعلم.




(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٢٧٦/٨)، والمبسوط (١٨٠/٧)، وبدائع الصنائع (١٢١/٤).
(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٠٣/١٨).



مسائل الكتابة[1]

|٣٠٩| مسألة:

المكاتب إذا مات عن وفاء[2] [ولن][3] ينفسخ عقد الكتابة عندنا[4]، خلافًا لهم[5].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أنه لا فائدة في إبقاء العقد بعد موته عندنا[6]، وعندهم فيه فائدة[7].

❊ دليلنا: أنه لا يمكن القول بإبقاء العقد، فلا يبقى[8].

---

(١) الكتابة لغة: أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه إليه منجما، فإذا أداه صار حرا. ينظر: لسان العرب (١/٧٠٠)، والمصباح المنير (٢/٥٢٤). وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية بأنها: جمع حرية الرقبة مآلا مع حرية اليد حالا، وعرفها الشافعية بأنها: هي العتق على مال يؤديه المكاتب في نجمين أو نجوم. ينظر: درر الحكام (٢/٢٢)، وجواهر العقود (٢/٤٣٨).

(٢) أما إذا مات عاجزا عن الوفاء، فإنه ينفسخ عقد الكتابة بالاتفاق. ينظر: تحفة الفقهاء (٢/٢٨٣)، والحاوي الكبير (١٨/١٨١).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «ولن» كما هو مثبت في المتن، والصحيح قوله: «لن»؛ لاستقامة السياق، والله أعلم.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/١٨١)، والتنبية (ص: ١٤٧)، ونهاية المطلب (١٩/٣٧٩)، وبحر المذهب (٨/٢٩٣)، والتهذيب (٨/٤٨٤).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣٨٤)، والمبسوط (٧/٢٠٨)، وتحفة الفقهاء (٢/٢٨٣)، وبدائع الصنائع (٤/١٥٤).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/١٨٢)، وبحر المذهب (٨/٢٩٣)،

(٧) ينظر: المبسوط (٧/٢٠٨)، وبدائع الصنائع (٤/١٥٥).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/١٨٢)، وبحر المذهب (٨/٢٩٣).

وإنما قلنا: لا يمكن؛ لأن العقد إنما يبقى لفائدة، ولا فائدة في إبقاء العقد؛ لأن فائدة الكتابة الحرية وسلامة النفس للمكاتب.

وبيان أن الفائدة هذا الشرع والعرف:

أما العرف: فلأن المكاتب لا يتحمل المشقة إلا لهذا.

وأما الشرع: فلأن القياس يقتضي أن عقد الكتابة لا يجوز؛ لأنه معاملة السيد مع عبده إلا أن الشرع جوز ذلك [٢٣١/ب] إرفاقًا بالعبد [...][1] لهم الحرية، وتسلم لهم النفس ويتخلص عن ذل العبودية.

إذا ثبت أن الفائدة هذا، فلا يمكن تحقيقه بعد الموت؛ لأن الحرية لا بد لها من رق ومحل الرق الحي، وبعد الموت لا يبقى الرق، فلا يتصور حلول الحرية، فلا يبقى العقد[2].

❖ ودليلهم: أنه أحد المتعاقدين، فلا ينفسخ العقد بموته، كالعاقد الثاني، وهو السيد الذي كاتبه[3].

وبيانه أن الكتابة تقوم بالمتعاقدين، وأحدهما: المكاتَب، والثاني: المكاتِب، ولا ينفسخ بموت المكاتَب، كذا بموت المكاتِب؛ لأن هذا عقد معاوضة والتسوية معتبرة في المعاوضات، فإذا لم ينفسخ بموت أحدهما وجب أن لا ينفسخ بموت الثاني.

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط يوجد طمس كلمة.

(٢) ينظر: المراجع السابقة.

(٣) ينظر: المبسوط (٧/٢٠٨)، وبدائع الصنائع (٤/١٥٥).

يدل عليه أن للمكاتِب حق ملك ينقلب حقيقة في ثاني الحال، ثم لا ينفسخ بموت المكاتِب لينقلب حقه حقيقة، كذا وجب أن لا ينفسخ بموت المكاتَب حتى ينقلب حقه حقيقة.

وبالأولى؛ لأن حق المكاتَب أقوى، يدل عليه أنه كما يستحيل حلول العتق في الميت يستحيل وجود العتق من الميت، ثم لما بقينا المكاتِب حيًا لصدور العتق منه وجب أن يبقى المكاتَب حيًا لحلول التصرف فيه، وبالأولى؛ لأن حلول التصرف في الجمادات متصور، أما صدور التصرف من الجمادات لا يتصور[1].

الجواب:

قولهم: أحد المتعاقدين.

قلنا: بلى، لكنه محل للعقد، فينفسخ العقد باعتبار أنه محل العقد، ومحل العقد إذا فات فات العقد لا محالة، بخلاف الثاني؛ لأنه ليس بمحل، ولا بمعقود عليه، فهلاكه لا يوجب فسخ العقد.

والجواب المعتمد عن المكاتب هو أنَّا نقول: بأن العتق إنما يحصل بعد موت المكاتب بأداء النجوم؛ لأنَّا بقيناه حيًا، لكن إنما يحصل لأنه باشر سبب العتق حالة الحياة وهو عقد الكتابة، وهو من أهله، والأهلية إنما حالة مباشرة السبب لا حالة وجود الشرط، فأداء النجوم شرط.

أقصى ما في الباب أن المكاتب بالموت خرج عن كونه أهلًا، لكن بقاء

---

(١) ينظر: المراجع السابقة.

الأهلية لا يكون معتبرًا حالة وجود الشرط ليزول الحكم، كمن علق طلاق امرأته بدخول الدار، ثم جن حالة الدخول، يقع الطلاق بخلاف المكاتب؛ لأنه محل لنفوذ العتق فيه، والمحل إنما يعتبر حالة نزول الحكم، وهو بالموت خرج عن كونه محلًا، فلا [٢٣٢/أ] ينفد، فلا يبقى العقد لعدم الفائدة[١]، والله أعلم.



٣١٠| مسألة:

المولى إذا زوج ابنته من مكاتبه ثم مات ينفسخ النكاح عندنا[٢]، خلافًا لهم[٣].

ومدار المسألة تحقيقًا: على أن المكاتب يقبل النقل إرثًا عندنا[٤]، وعندهم لا يقبل[٥].

❊ **دليلنا**: أنها ملكت زوجها، فوجب أن ينفسخ النكاح، كما إذا ملكت بالشراء[٦].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/١٨٢)،

(٢) ينظر: الأم (٨/٧٩)، ومختصر المزني (٨/٤٤١)، والحاوي الكبير (١٨/٢٩١)، ونهاية المطلب (٨/٣٩١)، وبحر المذهب (٨/٣٩٠)، والتهذيب (٨/٤٨٠)، والبيان (٨/٥١٥).

(٣) ينظر: النتف (١/٢٩٥)، والمبسوط (٥/١٣٠)، وبدائع الصنائع (٢/٣٤٠).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/٢٩١)، وبحر المذهب (٨/٣٩٠)، والتهذيب (٨/٤٨٠)، والبيان (٨/٥١٥).

(٥) ينظر: المبسوط (٥/١٣٠)، وبدائع الصنائع (٢/٣٤٠).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/٢٩١)، وبحر المذهب (٨/٣٩٠)، والتهذيب (٨/٤٨٠)، والبيان (٨/٥١٥).

وبيان ذلك أن المكاتب مملوك، والمملوك يستدعي مالكًا، وليس ها هنا مالك سوى الوارث، فدل أنها ملكته، يدل عليه وهو أن المكاتب لا يمنع من النقل في البيع بعينه؛ بدليل أنه لوكان مانعًا من النقل في البيع [...][1] الملك حتى لو كانت لا [...][2] لا يمنع لعينه.

وإنما صار مانعًا كيلا يؤدي إلى إبطال حقوقه الثابتة له بعقد الكتابة من جهة السيد واستحقاق سلامة الأكساب والأولاد، وفي النقل بجهة البيع يؤدي إلى ذلك؛ لأنه ملك ابتداء، وهذا المعنى لم يوجد في الإرث؛ لأن النقل في الإرث لا يوجب قطع هذا السبب، بدليل أن المكاتب إذا أدى النجوم إلى الوارث عتق بلا مانع من النقل، فقلنا: بأنه ينقل إلى الوارث، فصح قولنا: أنها ملكت زوجها، فينفسخ النكاح بينهما[3].

❁ ودليلهم: أنها لم تملك زوجها فلا ينفسخ النكاح، دليله قبل الموت[4].

وإنما قلنا: لم تملك؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل ملكًا؛ بدليل الحقيقة والحكم:

أما الحكم: فلأنه لا يقبل النقل تبعًا، كذلك لا يقبله إرثًا، ولأن عند أداء النجوم عتق من الموت، بدليل أن الولاية [...][5].

---

(١) في هذا الموضع في المخطوط يوجد طمس كلمة.

(٢) في هذا الموضع في المخطوط يوجد طمس كلمة.

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

(٤) ينظر: المبسوط (٥/١٣٠)، وبدائع الصنائع (٢/٣٤٠).

(٥) في هذا الموضع في المخطوط يبدو أن فيه سقط من حيث السياق.

وأما الحقيقة: فلأن المكاتب ثبت له حرية اليد، وسلامة الأكساب والأولاد، فلو قلنا: بأنه يقبل النقل، يؤدي إلى إبطال هذه الحقوق، وهذا مما لا يجوز[1].

الجواب:

قولهم: [تملك زوجها][2].

قلنا: لا نسلم.

قولهم: أن المكاتب لا يقبل النقل.

قلنا: لا نسلم.

قولهم: لا يقبل البيع.

قلنا: لما بينا من أنه ثبت له حق الحرية واستحقاق الأكساب والأولاد، وفي النقل بالبيع إبطال هذه الحقوق؛ لأن البيع ملك ابتداء، فيقطع سبب حقه بالبيع بخلاف الإرث؛ لأنه ملك بقاء، بدليل أن الوارث يرد على بائع المورث ويبنى قوله على حول المورث.

وكان الفقه فيه أن الموت لا تأثير له لإثبات الملك للغير، غير أن الشرع جعل الوارث خليفة له وأقامه مقامه؛ لأن المورث استغنى بالموت عن أمواله، فجعل كأنه هو فيكون ملك بناء من هذا الوجه، فلا يؤدي إلى قطع

---

(١) ينظر: المبسوط (٥/١٣٠)، وبدائع الصنائع (٢/٣٤٠).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط كتبت «تملك زوجها» كما هومثبت في المتن، والصحيح قوله: «لم تملك زوجها»، والله أعلم.




سبب حقه، فلا يمنع من النقل، أما الولاية، قلنا: إنما [٢٣٢/ب] تثبت بالإرث؛ لأن الولاء للمعتق، والمعتق هو المورث، لأن سبب العتق الكتابة، وقد وجدت منه فيحق له، أما لا مانع من النقل على ما بَيَّنَّا، فقلنا بأنه ينتقل، ولهذا المعنى يمنع من ابتداء النكاح، والله أعلم.



|٣١١| مَسْألَة:

من تزوج بجارية الغير واستودلها ثم اشتراها بعد ذلك، لا تصير أم ولده في أحد قولينا، وتصير أم ولده في الثاني(١)، وهو مذهبهم(٢).

ومدار المسألة تحقيقًا: [...](٣)، [...](٤)

❊ دليلنا: أنها علقت برقيق فلا تصير أم ولده، كما لو زنى بها ثم اشتراها(٥).

وإنما قلنا: أنها لا تصير أم ولده؛ لأن حرية الأم تثبت تبعًا لحرية الولد؛

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٣/١٨)، البيان (١٢٠/١١).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٤/٨)، والمبسوط (١٥٤/٧)، بدائع الصنائع (١٢٤/٤).

(٣) في هذا الموضع في المخطوط فيه سقط وبعد الرجوع إلى كتب الفقهاء يمكن أن يقال: «على أن سبب الاستيلاد عندنا هو علوق الولد حرا على الإطلاق». ينظر: الحاوي الكبير (٣١٤/١٨).

(٤) في هذا الموضع في المخطوط فيه سقط وبعد الرجوع إلى كتب الفقهاء يمكن أن يقال: «وعندهم هو ثبوت النسب». ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٤/٨)، وبدائع الصنائع (١٢٤/٤).

(٥) ينظر: الحاوي الكبير (٣١٤/١٨).

بدليل قول النبي ﷺ: «أعتقها ولدها»[١]، يعني حريتها تبع لحرية ولدها؛ لأن ولدها إبراهيم صلوات الله عليه، وهو حر، فحريتها تبع لحرية الولد، ولم توجد ها هنا، فدل عليه، وهو أن النسبة إنما وجدت بين الأب والولد، ولا نسب بين الأم والأب، ولو كانت الحرية حكم النسب، وجب أن تفيد في محله، وهو بين الأب والولد، فلا تعتق الأم، فدل أن هذا لا يكون حكم النسبة[٢].

❖ ودليلهم: أن سبب الإعتاق قد وجد، فوجب أن تصير أم ولده، كما لو استولدها في ملكه[٣].

وإنما قلنا أن السبب قد وجد؛ لأن سبب العتق بسببها إلى السيد بواسطة الولد، الدليل عليه: قول النبي ﷺ لمارية القبطية: «أعتقها ولدها»[٤]، يعني انتسابها إلى السيد بواسطة الولد.

والدليل عليه: وهو أن هذا الحق، أعني حق أمية الولد، إنما تعرف بهذا، يقال: حق أمية الولد، كما يقال: حق الكتابة وحق التدبير، فدل أن السبب هذا قد وجد الانتساب ها هنا عرفًا وحقيقة:

أما من حيث العرف: فإنه يقال في العرف: هذه أم ولده.

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب: العتق، باب: أمهات الأولاد، (٢/٨٤١)، برقم: ٢٥١٦. قال ابن حجر: في إسناده حسين بن عبد الله، وهو ضعيف جدا، وقال الألباني: سند ضعيف من أجل الحسين. ينظر: التلخيص (٤/٥٢٠)، وإرواء الغليل (٦/١٨٦).

(٢) ينظر: الحاوي الكبير (١٨/٣١٤).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/٣١٤)، المبسوط (٧/١٥٤)، وبدائع الصنائع (٤/١٢٥).

(٤) سبق تخريجه في (ص: ٦٢٠).




وأما الحقيقة: فلأن نسبة الجارية إلى السيد بواسطة الولد، كنسبة أحد الأخوين إلى صاحبه بواسطة الأب؛ لأن الجارية مع السيد هما أصلًا جزء واحد، والأخوان جزء أصل واحد، ثم الأخ ينسب إلى الأخ بواسطة الأب؛ كذلك ها هنا، فدل أن الانتساب قد وجد، فقد وجد سبب الحرية، فلا بد وأن تثبت أمية الولد[1].

الجواب:

قولهم: بأن الانتساب سبب الحرية.

قلنا: أي انتساب؟! مع النسب؛ أم انتساب بدون النسب؟! إن قلتم: مع النسب. فمسلم، لكن هذا انتساب بدون النسب.

قولهم: بأن هذا الحق إنما يعرف.

قلنا: هذا التعريف ليس إلا إضافة الحق إليه، يقال: هذا حق أمية الولد، ولكن الشيء تارة يضاف إلى سببه، وتارة إلى شرطه [٢٣٣/أ]، وتارة إلى محله، وها هنا إنما يضاف [...][2] محل هذا الحق [...][3] الانتساب ملحق بالنسب. قلنا: ليس كذلك، بدليل أن الانتساب موجودة في حق بني الأخوال وبني الأعمام، يقال: ابن خاله وابن عمه، فلا يوجب الحرية؛ لأن هذا انتساب من حيث التعريف، لا من حيث الاتصال، كذلك ها هنا،

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣١٤/٨)، المبسوط (١٥٤/٧)، وبدائع الصنائع (١٢٥/٤).

(٢) في هذا الموضع في المخطوط يوجد طمس كلمة، لكن أقرب ما تكون من حيث السياق هي لفظة «إليه».

(٣) في هذا الموضع في المخطوط يوجد طمس كلمة.

الانتساب من حيث الاتصال لم يوجد، فلا يوجب العتق، والله أعلم بالصواب.

تم الكتاب بحمد الله وعونه

الحمد لله رب العالمين والصلاة على نبيه محمد وآله أجمعين

كتبه محمد بن أحمد بن محمد في جمادى الآخرة سنة تسع وعشرين وخمسمائة

غفر الله له ولوالديه ولصاحبه ولقارئه ولكافة المؤمنين والمؤمنات

ولمن قال آمين يا رب العالمين

فهرس المصادر والمراجع(١)

١ ـ إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: مركز خدمة السنة والسيرة، بإشراف د. زهير بن ناصر الناصر، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف (بالمدينة) ـ ومركز خدمة السنة والسيرة (بالمدينة)، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.

٢ ـ الإتقان في علوم القرآن، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: الهيئة المصرية العامة، الطبعة: ١٣٩٤هـ.

٣ ـ آثار البلاد وأخبار العباد، تأليف: زكريا بن محمد القزويني (المتوفى: ٦٨٢هـ) الناشر: دار صادر ـ بيروت.

٤ ـ الإجماع، المؤلف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ)، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.

٥ ـ الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (المتوفى: ٧٣٩هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.

---

(١) هذه القائمة تشتمل على المصادر التي رجع إليها الباحث الأول (محقق الجزء الأول) والباحث الثاني (محقق الجزء الثاني)، ومتى اشتركا في الرجوع إلى مصدر واختلفت الطبعة التي رجعا إليها = أوردنا معلومات الطبعتين وختمنا طبعة الباحث الأول بالرمز [ب ١] والباحث الثاني بالرمز [ب ٢].

٦ ـ أحكام القرآن، المؤلف: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

٧ ـ الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق ـ لبنان.

٨ ـ الإحكام في أصول الأحكام، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، قدم له: الأستاذ الدكتور إحسان عباس، دار الآفاق الجديدة، بيروت

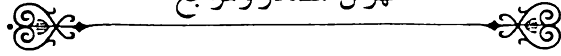
٩ ـ إحياء علوم الدين، المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، الناشر: دار المعرفة ـ بيروت.

١٠ ـ أخبار أبي تمام، لأبي بكر محمد بن يحي الصولي، ت محمد عبده عزام وآخرين، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٠هـ.

١١ ـ أخبار أبي حنيفة وأصحابه، تأليف: الحسين بن علي بن محمد بن جعفر، أبو عبد الله الصَّيْمَري الحنفي (المتوفى: ٤٣٦هـ) الناشر: عالم الكتب ـ بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

١٢ ـ اختلاف أبي حَنيفة وابن أبي ليلى، المؤلف: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري (المتوفى: ١٨٢هـ)، اعتني بتصحيحه والتعليق عليه: أبو الوفا الأفغاني، الناشر: لجنة إحياء المعارف النعمانية، الهند، الطبعة: الأولى.

١٣ ـ اختلاف الأئمة العلماء، المؤلف: يحيى بن (هُبَيْرَة بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيبانيّ، أبو المظفر، عون الدين (المتوفى: ٥٦٠هـ)، المحقق: السيد يوسف أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية ـ لبنان: بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م.



١٤ ـ الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي ، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: ٦٨٣هـ) ، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة ، مطبعة الحلبي ـ القاهرة ، ١٣٥٦هـ ـ ١٩٣٧م.

١٥ ـ إرشاد السالك إلى حل ألفية ابن مالك ، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية (المتوفى ٧٦٧هـ) ، تحقيق: د. محمد بن عوض بن محمد السهلي ، قسم من هذا الكتاب: هو أطروحة دكتوراه للمحقق ، أضواء السلف ـ الرياض ، الطبعة: الأولى ، ١٣٧٣هـ ـ ١٩٥٤م.

١٦ ـ الإرشاد إلى سبيل الرشاد ، محمد بن أحمد بن أبي موسى الشريف ، أبو علي الهاشمي البغدادي (المتوفى: ٤٢٨هـ) ، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة.

١٧ ـ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ) ، إشراف: زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ـ بيروت ، الطبعة: الثانية ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م

١٨ ـ الاستذكار ، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣ه) ، تحقيق: سالم محمد عطا ، محمد علي معوض ، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت ، الطبعة: الأولى ، ١٤٢١ ـ ٢٠٠٠م.

١٩ ـ الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ) ، تحقيق: علي محمد البجاوي ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة: الأولى ، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

٢٠ ـ أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦ه)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي.



٢١ ـ الأشباه والنّظائر على مذهب أبي حنيفة النّعمان، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.

٢٢ ـ الأشباه والنظائر، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م.

٢٣ ـ الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م.

٢٤ ـ الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (٤٢٢هـ)، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م

٢٥ ـ الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة، المؤلف: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩ هـ)، المحقق: د. نايف بن نافع العمري، الناشر: دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.

٢٦ ـ الأصل المعروف بالمبسوط، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ـ كراتشي.

٢٧ ـ أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة ـ بيروت.

٢٨ ـ أصول الشاشي، نظام الدين أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي (المتوفى: ٣٤٤هـ)، دار الكتاب العربي ـ بيروت

٢٩ ـ الأصول في النحو، أبو بكر محمد بن السري بن سهل النحوي المعروف بابن السراج (المتوفى: ٣١٦هـ)، تحقيق: عبد الحسين الفتلي، مؤسسة الرسالة، لبنان ـ بيروت.

٣٠ ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين، المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م.

٣١ ـ الأعلام للزركلي. نشر دار العلم للملايين ببيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٨٠م.

٣٢ ـ الاقتصاد في الاعتقاد، تأليف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ) وضع حواشيه: عبد الله محمد الخليلي الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م.

٣٣ ـ الإقناع في الفقه الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ).

٣٤ ـ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: ٩٦٨هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت ـ لبنان.

٣٥ ـ الإقناع في مسائل الإجماع، المؤلف: علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: ٦٢٨هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م.

٣٦ ـ إكمال الإكمال (تكملة لكتاب الإكمال لابن ماكولا)، المؤلف: محمد بن عبد الغني بن أبي بكر بن شجاع، أبو بكر، معين الدين، ابن نقطة الحنبلي البغدادي (المتوفى: ٦٢٩هـ)، المحقق: د. عبد القيوم عبد ريب النبي، الناشر: جامعة أم القرى - مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ.

٣٧ ـ الأم، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م




٣٨ ـ الانتصار في الرد على المعتزلة القدرية الأشرار، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: سعود بن عبد العزيز الخلف، الناشر: أضواء السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.

٣٩ ـ الأنساب، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد (المتوفى: ٥٦٢هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني وغيره، الناشر: مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الطبعة: الأولى، ١٣٨٢ هـ ـ ١٩٦٢م.

٤٠ ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.

٤١ ـ أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المؤلف: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفى: ٩٧٨هـ)، المحقق: يحيى حسن مراد، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: ٢٠٠٤م ـ ١٤٢٤هـ.

٤٢ ـ الإيمان، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، عمان، الأردن، الطبعة: الخامسة، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م

٤٣ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية ـ بدون تاريخ.

٤٤ ـ بحر العلوم، أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (المتوفى: ٣٧٣هـ)

٤٥ ـ البحر المحيط في أصول الفقه، المؤلف: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

٤٦ ـ البحر المحيط في التفسير، المؤلف: أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الأندلسي (المتوفى: ٧٤٥هـ)، المحقق: صدقي محمد جميل، الناشر: دار الفكر ـ بيروت، ١٤٢٠هـ.

٤٧ ـ البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني الأنجري الفاسي الصوفي (المتوفى: ١٢٢٤هـ)، المحقق: أحمد عبد الله القرشي رسلان، الناشر: الدكتور حسن عباس زكي ـ القاهرة، الطبعة: ١٤١٩هـ.

٤٨ ـ بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت ٥٠٢هـ)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م.

٤٩ ـ بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، الناشر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ـ القاهرة

٥٠ ـ البداية والنهاية، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٤٠٧ هـ ـ ١٩٨٦م.

٥١ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.




٥٢ ـ البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع ـ الرياض ـ السعودية، الطبعة: الاولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.

٥٣ ـ البرهان في أصول الفقه، المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

٥٤ ـ البلدان، المؤلف: أحمد بن إسحاق (أبي يعقوب) بن جعفر بن وهب بن واضح اليعقوبي (المتوفى: بعد ٢٩٢هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٥٥ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ)، دار المعارف.

٥٦ ـ البناية شرح الهداية، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م.

٥٧ ـ البيان في مذهب الإمام الشافعي، المؤلف: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، الناشر: دار المنهاج ـ جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م

٥٨ ـ البيان والإعراب عما بأرض مصر من الأعراب، المؤلف: أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقريزي (المتوفى: ٨٤٥هـ)، المحقق: فردناد واسطون فيلد، طبعة: جوتنجن، ألمانيا عام ١٨٤٧م.

٥٩ ـ تاج التراجم، المؤلف: أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطلُوبغا السودوني (نسبة إلى معتق أبيه سودون الشيخوني) الجمالي الحنفي (المتوفى: ٨٧٩هـ)، المحقق: محمد خير رمضان يوسف، الناشر: دار القلم ـ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م.

٦٠ ـ تاج العروس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، دار الهداية.

٦١ ـ التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٤م.

٦٢ ـ تاريخ إربل، المؤلف: المبارك بن أحمد بن المبارك بن موهوب اللخمي الإِربلي، المعروف بابن المستوفي (المتوفى: ٦٣٧هـ)، المحقق: سامي بن سيد خماس الصقار، الناشر: وزارة الثقافة والإعلام، دار الرشيد للنشر، العراق، عام النشر: ١٩٨٠م.

٦٣ ـ تاريخ الإسلام وَوَفيات المشاهير وَالأعلام، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، المحقق: الدكتور بشار عوّاد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٣م.

٦٤ ـ تاريخ بغداد وذيوله، المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

٦٥ ـ تاريخ دمشق، تأليف: أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (المتوفى: ٥٧١هـ)، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع عام النشر: ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م.

٦٦ ـ تأسيس النظر، تأليف: أبي زيد عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي، تحقيق: مصطفى محمد القباني الدمشقي، الناشر: دار ابن زيدون ـ بيروت.

٦٧ ـ التبصرة في أصول الفقه، المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، المحقق: د. محمد حسن هيتو، الناشر: دار الفكر ـ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.

٦٨ ـ التبصرة، المؤلف: علي بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: ٤٧٨ هـ)، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ ـ ٢٠١١م.

٦٩ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: ١٠٢١هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ـ بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ.

٧٠ ـ التجريد للقدوري، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨ هـ)، المحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، الناشر: دار السلام ـ القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م

٧١ ـ التحبير في المعجم الكبير، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد (المتوفى: ٥٦٢هـ)، المحقق: منيرة ناجي سالم، الناشر: رئاسة ديوان الأوقاف ـ بغداد، الطبعة: الأولى، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م

٧٢ ـ تحرير ألفاظ التنبيه، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم ـ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.

٧٣ ـ التحرير والتنوير (تفسير ابن عاشور) تأليف: محمد الطاهر بن عاشور، (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، طبع الدار التونسية (١٤٠٤هـ).

٧٤ ـ تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، دار الفكر، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م.

٧٥ ـ تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

٧٦ ـ تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياني، الناشر: دار حراء ـ مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.

٧٧ ـ تحويل الموازين والمكاييل الشرعية الى المقادير المعاصرة، تأليف الشيخ: عبد الله بن سليمان المنيع.

٧٨ ـ تخجيل من حرف التوراة والإنجيل، المؤلف: صالح بن الحسين الجعفري أبو البقاء الهاشمي (المتوفى: ٦٦٨هـ)، المحقق: محمود عبد الرحمن قدح، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٧٩ ـ تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف للزمخشري، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن السعد، دار ابن خزيمة ـ الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ

٨٠ ـ تخريج الفروع على الأصول، تأليف: محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (المتوفى: ٦٥٦هـ)، تحقيق: د. محمد أديب صالح الناشر: مؤسسة الرسالة ـ بيروت الطبعة: الثانية، ١٣٩٨هـ.

٨١ ـ التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ«تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي»، المؤلف: سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، تحقيق: أبو يعقوب نشأت

بن كمال المصري، الناشر: دار القبلتين ـ الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٣هـ ـ ٢٠١٢م.

٨٢ ـ التدوين في أخبار قزوين، تأليف: عبد الكريم بن محمد، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ)، تحقيق: عزيز الله العطاردي الناشر: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٧م.

٨٣ ـ تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج (تخريج منهاج الأصول للبيضاوي)، ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م

٨٤ ـ الترغيب والترهيب من الحديث الشريف، المؤلف: عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله، أبو محمد، زكي الدين المنذري (المتوفى: ٦٥٦هـ)، المحقق: إبراهيم شمس الدين، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

٨٥ ـ التعريفات الفقهية، المؤلف: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م

٨٦ ـ التعريفات، المؤلف: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م.

٨٧ ـ التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان وتمييز سقيمه من صحيحه، وشاذه من محفوظه، تأليف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: دار با وزير للنشر والتوزيع ـ جدة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

٨٨ ـ التعليقة للقاضي حسين (على مختصر المزني)، المؤلف: القاضي أبو محمد (وأبو علي) الحسين بن محمد بن أحمد المَرْوَرُّوْذِيّ (المتوفى: ٤٦٢ هـ)، المحقق: علي

محمد معوض ـ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز ـ مكة المكرمة.

٨٩ ـ التفريع في فقه الإمام مالك، المؤلف: عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (المتوفى: ٣٧٨هـ)، المحقق: سيد كسروي حسن، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.

٩٠ ـ تفسير ابن أبي حاتم (تفسير القرآن العظيم) لعبد الرحمن بن محمد بن إدريس الرازي، المتوفى سنة ٣٢٧هـ، تحقيق: أسعد الطيب، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز ـ المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثالثة ـ ١٤١٩هـ.

٩١ ـ تفسير ابن كثير (تفسير القرآن العظيم) للإمام الجليل الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المحقق: سامي بن محمد سلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م [ب١].

٩٢ ـ تفسير الإمام الشافعي، المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، جمع وتحقيق ودراسة: د. أحمد بن مصطفى الفرَّان، الناشر: دار التدمرية ـ السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م.

٩٣ ـ التَّفْسِيرُ البَسِيْط، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: ٤٦٨هـ)، أصل تحقيقه في (١٥) رسالة دكتوراة بجامعة الإمام محمد بن سعود، ثم قامت لجنة علمية من الجامعة بسبكه وتنسيقه، عمادة البحث العلمي ـ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ.

٩٤ ـ تفسير البغوي (معالم التنزيل في تفسير القرآن)، المؤلف: محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٠هـ)، المحقق: عبد الرزاق المهدي، الناشر: دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ.

٩٥ ـ تفسير البيضاوي (أنوار التنزيل وأسرار التأويل)، المؤلف: ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (المتوفى: ٦٨٥هـ)، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، الناشر: دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

٩٦ ـ تفسير الثعلبي (الكشف والبيان عن تفسير القرآن)، المؤلف: أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاق (المتوفى: ٤٢٧هـ)، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠٢م.

٩٧ ـ تفسير الثوري، أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي (المتوفى: ١٦١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م.

٩٨ ـ تفسير الجلالين، تأليف: جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (المتوفى: ٨٦٤هـ) وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) الناشر: دار الحديث ـ القاهرة الطبعة: الأولى.

٩٩ ـ تفسير الرازي (مفاتيح الغيب)، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، الطبعة: الثالثة: ١٤٢٠هـ.

١٠٠ ـ تفسير الراغب الأصفهاني، المؤلف: أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (المتوفى: ٥٠٢هـ)، تحقيق ودراسة: د. محمد عبد العزيز بسيوني، الناشر: كلية الآداب ـ جامعة طنطا، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.

١٠١ ـ تفسير الزمخشري (الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل)، المؤلف: أبو القاسم محمود بن عمرو، الزمخشري (المتوفى: ٥٣٨هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي ـ بيروت، الطبعة: الثالثة: ١٤٠٧هـ.

١٠٢ ـ تفسير السمرقندي (بحر العلوم)، المؤلف: أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (المتوفى: ٣٧٣هـ).

١٠٣ ـ تفسير السمعاني (تفسير القرآن) لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار، المتوفى سنة ٤٨٩هـ، تحقيق: ياسر إبراهيم، غنيم عباس، طبع دار الوطن بالرياض، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ.

١٠٤ ـ تفسير الطبري (جامع البيان في تأويل القرآن)، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م [ب١].

١٠٥ ـ تفسير الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م [ب٢].

١٠٦ ـ تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون ـ بيروت، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ. [ب٢].

١٠٧ ـ تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القران)، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية ـ القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ.

١٠٨ ـ تفسير الماتريدي (تأويلات أهل السنة)، تأليف: محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي (المتوفى: ٣٣٣هـ)، تحقيق: د. مجدي باسلوم الناشر:



دار الكتب العلمية ـ بيروت، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م.

١٠٩ ـ تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، المؤلف: أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، تحقيق: يوسف علي بديوي، الناشر: دار الكلم الطيب، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م

١١٠ ـ تفسير النيسابوري (غرائب القرآن ورغائب الفرقان)، المؤلف: نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري (المتوفى: ٨٥٠هـ)، المحقق: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلميه ـ بيروت، الطبعة: الأولى ـ ١٤١٦هـ.

١١١ ـ تفسير عبد الرزاق، المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، دراسة وتحقيق: د. محمود محمد عبده، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة: الأولى، سنة ١٤١٩هـ.

١١٢ ـ تفسير مجاهد، أبو الحجاج مجاهد بن جبر التابعي المكي القرشي المخزومي (المتوفى: ١٠٤هـ)، تحقيق: الدكتور محمد عبد السلام أبو النيل، دار الفكر الإسلامي الحديثة، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ ـ ١٩٨٩م

١١٣ ـ تفسير مقاتل بن سليمان، أبو الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (المتوفى: ١٥٠هـ)، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.

١١٤ ـ تفسير يحيى بن سلام، يحيى بن سلام بن أبي ثعلبة، التيمي بالولاء، من تيم ربيعة، البصري ثم الإفريقي القيرواني (المتوفى: ٢٠٠هـ)، تقديم وتحقيق: الدكتورة هند شلبي، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م

١١٥ ـ التقريب والإرشاد، لأبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني، تحقيق: د. عبد الحميد أبو زنيد، الطبعة: الثانية، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.

١١٦ ـ تقويم الأدلة في أصول الفقه، المؤلف: أبو زيد عبد الله بن عمر بن عيسى الدّبوسيّ الحنفي (المتوفى: ٤٣٠هـ)، المحقق: خليل محيي الدين الميس، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م.

١١٧ ـ تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، المؤلف: محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع، فخر الدين، ابن الدَّهَّان (المتوفى: ٥٩٢هـ)، المحقق: د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، الناشر: مكتبة الرشد ـ السعودية: الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م.

١١٨ ـ تكملة المعاجم العربية، المؤلف: رينهارت بيتر آن دُوزِي (المتوفى: ١٣٠٠هـ)، الناشر: وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٠م.

١١٩ ـ التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ـ ١٩٨٩م.

١٢٠ ـ التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة ـ مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.

١٢١ ـ تلخيص تاريخ نيسابور، المؤلف: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تلخيص: أحمد بن محمد بن الحسن بن أحمد المعروف بالخليفة النيسابوري، الناشر: كتابخانة ابن سينا ـ طهران.

١٢٢ ـ التلخيص في أصول. الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك الجويني (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق: عبد الله جولم النبالي، دار البشائر الإسلامية، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.

١٢٣ ـ تمام المنة في التعليق على فقه السنة، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: دار الراية، الطبعة: الخامسة.

١٢٤ ـ التمهيد في أصول الفقه، المؤلف: محفوظ بن أحمد بن الحسن أَبُو الخطاب الكَلْوَذَاني الحنبلي (المتوفى: ٥١٠هـ)، المحقق: مفيد محمد أبو عمشة ومحمد بن علي بن إبراهيم، الناشر: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ـ جامعة أم القرى، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٥م.

١٢٥ ـ التنبيه على مبادئ التوجيه، المؤلف: أبو الطاهر إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدوي (المتوفى: بعد ٥٣٦هـ)، المحقق: الدكتور محمد بلحسان، الناشر: دار ابن حزم، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.

١٢٦ ـ التنبيه في الفقه الشافعي، المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: عالم الكتب

١٢٧ ـ تهذيب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الناشر: مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة: الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ.

١٢٨ ـ تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.

١٢٩ ـ التهذيب في فقه الإمام الشافعي، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: ٥١٦هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

١٣٠ ـ التوحيد، المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أبو منصور الماتريدي (المتوفى: ٣٣٣هـ)، المحقق: د. فتح الله خليف، الناشر: دار الجامعات المصرية ـ الإسكندرية.

١٣١ ـ التوضيح لشرح الجامع الصحيح، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤هـ)، المحقق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الناشر: دار النوادر، دمشق ـ سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ ـ ٢٠٠٨م.

١٣٢ ـ التوقيف على مهمات التعاريف، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، عالم الكتب ٣٨ عبد الخالق ثروت ـ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م.

١٣٣ ـ تيسير التحرير، تأليف: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى: ٩٧٢هـ) الناشر: مصطفى البابي الْحلَبِي ـ مصر، ١٣٥١هـ ـ ١٩٣٢م.

١٣٤ ـ تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان؛ للعلامة الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السَّعدي، المُتوفَّى سنة ١٣٧٦هـ، تحقيق الدكتور عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م.

١٣٥ ـ الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير، مؤلف الجامع الصغير: أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ)، مؤلف النافع الكبير: محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات (المتوفى: ١٣٠٤هـ)، عالم الكتب ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.

١٣٦ ـ الجامع الكبير في صناعة المنظوم من الكلام والمنثور، المؤلف: نصر الله بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني، الجزري، أبو الفتح، ضياء الدين، المعروف بابن الأثير الكاتب (المتوفى: ٦٣٧هـ)، المحقق: مصطفى جواد، الناشر: مطبعة المجمع العلمي، عام النشر: ١٣٧٥هـ.

١٣٧ ـ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه =

صحيح البخاري، المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٣٨ ـ الجزء فيه الأول مما رواه الأكابر عن الأصاغر من المحدثين من الأفراد، الباغندي الصغير محمد بن محمد بن سليمان بن الحارث الأزدي، أبو بكر الواسطي (المتوفى: ٣١٢هـ)، تحقيق: خالد بن محمد بن سعيد باسمح، دار التوحيد، الطبعة: الأولى ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.

١٣٩ ـ الجمع والفرق (أو كتاب الفروق)، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٣٨ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، الناشر: دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع ـ بيروت، رقم الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م.

١٤٠ ـ جمهرة اللغة، تأليف: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق: رمزي منير بعلبكي الناشر: دار العلم للملايين ـ بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م.

١٤١ ـ جوامع السيرة وخمس رسائل أخرى لابن حزم، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، المحقق: إحسان عباس، الناشر: دار المعارف ـ مصر، الطبعة: الأولى، ١٩٠٠م.

١٤٢ ـ الجوهرة النيرة، المؤلف: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، الناشر: المطبعة الخيرية، الطبعة: الأولى، ١٣٢٢هـ.

١٤٣ ـ حاشية البجيرمي على شرح المنهج، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: ١٢٢١هـ)، مطبعة الحلبي، ١٣٦٩هـ ـ ١٩٥٠م.

١٤٤ ـ حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، المؤلف: ابن عابد محمد علاء الدين أفندي.

١٤٥ ـ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض ـ الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.

١٤٦ ـ الحجة على أهل المدينة، المؤلف: محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ)، المحقق: مهدي حسن الكيلاني القادري، الناشر: عالم الكتب ـ بيروت، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٣هـ.

١٤٧ ـ الحدود في الأصول (مطبوع مع: الإشارة في أصول الفقه)، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

١٤٨ ـ حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي القفال الفارقيّ، الملقب فخر الإسلام، المستظهري الشافعي (المتوفى: ٥٠٧هـ)، تحقبق: د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة، مؤسسة الرسالة/ دار الأرقم ـ بيروت/ عمان، الطبعة: الأولى، ١٩٨٠م.

١٤٩ ـ حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع ـ بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م.

١٥٠ ـ حواشي الشرواني على تحفة المحتاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧هـ ـ ١٩٨٣م.

١٥١ ـ الخصائص الكبرى، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

١٥٢ ـ الخصائص، أبو الفتح عثمان بن جني الموصلي (المتوفى: ٣٩٢هـ)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة: الرابعة.

١٥٣ ـ الخلافيات، المؤلف: البيهقي (٤٥٨ هـ)، المحقق: مشهور آل سلمان، الناشر: دار الصميعي، الطبعة: الأولى.

١٥٤ ـ الدر المصون في علوم الكتاب المكنون، المؤلف: أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسمين الحلبي (المتوفى: ٧٥٦هـ)، المحقق: الدكتور أحمد محمد الخراط، الناشر: دار القلم، دمشق.

١٥٥ ـ الدر المنثور، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الناشر: دار الفكر ـ بيروت.

١٥٦ ـ دراسات في تاريخ العرب القديم، المؤلف: محمد بيومى مهران، الناشر: دار المعرفة، الطبعة: الثانية.

١٥٧ ـ دَرْجُ الدُّرر في تفسير الآيِ والسُّور، المؤلف: أبو بكر عبد القاهر بن عبد الرحمن بن محمد الفارسي الأصل، الجرجاني الدار (المتوفى: ٤٧١هـ)، الناشر: دار الفكر ـ عمان، الأردن، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠هـ ـ ٢٠٠٩م.

١٥٨ ـ دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م.

١٥٩ ـ دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة، المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة: الأولى ـ ١٤٠٥هـ.

١٦٠ ـ دليل الطالب لنيل المطالب، مرعي بن يوسف بن أبى بكر بن أحمد الكرمى المقدسي الحنبلى (المتوفى: ١٠٣٣هـ)، تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.

١٦١ ـ ديوان لبيد بن ربيعة العامري، لَبِيد بن ربيعة بن مالك، أبو عقيل العامري الشاعر معدود من الصحابة (المتوفى: ٤١هـ)، اعتنى به: حمدو طمّاس، دار المعرفة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.

١٦٢ ـ الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، تحقيق: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣ ـ ٥، ٧، ٩ ـ ١٢: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.

١٦٣ ـ رحلة الشتاء والصيف، محمد بن عبد الله بن محمد، من أحفاد شرف الدين بن يحيى الحمزي الحسيني المولوي المعروف بـ كِبْرِيت (المتوفى: ١٠٧٠هـ)، تحقيق: الأستاذ محمَّد سَعيد الطنطاوي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٨٥هـ.

١٦٤ ـ رد المحتار على الدر المختار، المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ.

١٦٥ ـ رسالة إلى أهل الثغر، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل بن عبد الله بن موسى بن أبي بردة بن أبي موسى الأشعري (المتوفى: ٣٢٤هـ)، المحقق: عبد الله الجنيدي، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة: ١٤١٣هـ.

١٦٦ ـ رسالة منازل الحروف، علي بن عيسى بن علي بن عبد الله، أبو الحسن الرماني المعتزلي (المتوفى: ٣٨٤هـ)، تحقيق: إبراهيم السامرائي، دار الفكر ـ عمان.

١٦٧ ـ الرسالة، الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، المحقق: أحمد شاكر، الناشر: مكتبه الحلبي، مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ ـ ١٩٤٠م.

١٦٨ ـ روح البيان، تأليف: إسماعيل حقي بن مصطفى الإستانبولي الحنفي الخلوتي، المولى أبو الفداء (المتوفى: ١١٢٧هـ) الناشر: دار الفكر ـ بيروت.

١٦٩ ـ الروض الداني (المعجم الصغير)، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمرير، المكتب الإسلامي، دار عمار ـ بيروت، عمان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م

١٧٠ ـ الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ) ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد ـ مؤسسة الرسالة.

١٧١ ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق ـ عمان، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.

١٧٢ ـ الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تأليف: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني الناشر: دار الطلائع.

١٧٣ ـ السراج المنير في الإعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: مطبعة بولاق (الأميرية) ـ القاهرة، عام النشر: ١٢٨٥هـ.

١٧٤ ـ سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة: الأولى.

١٧٥ ـ سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، المؤلف:

أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، دار النشر: دار المعارف، الرياض ـ السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

١٧٦ ـ سنن ابن ماجه، المؤلف: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية ـ فيصل عيسى البابي الحلبي.

١٧٧ ـ سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا ـ بيروت.

١٧٨ ـ سنن الترمذي (الجامع الكبير) المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، الناشر: دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، سنة النشر: ١٩٩٨م.

١٧٩ ـ سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (جـ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (جـ ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (جـ ٤، ٥)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر، الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م.

١٨٠ ـ سنن الدارقطني، المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: ٣٨٥هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م.

١٨١ ـ السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية ـ حلب، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.

١٨٢ ـ السنن الكبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط، قدم له: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م.

١٨٣ ـ السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنات، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

١٨٤ ـ سير أعلام النبلاء، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، لمحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

١٨٥ ـ السير، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ)، تحقيق: مجيد خدوري، الدار المتحدة للنشر ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٧٥.

١٨٦ ـ السيرة النبوية لابن هشام، المؤلف: عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٢١٣هـ)، تحقيق: مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة: الثانية، ١٣٧٥هـ.

١٨٧ ـ الشامل في فقه الإمام مالك، ، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيرِيّ الدِّمْيَاطِيّ المالكي (المتوفى: ٨٠٥هـ)، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ ـ ٢٠٠٨م.

١٨٨ ـ شذرات الذهب. ابن العماد الحنبلي، حققه: محمود الأرناؤوط، الناشر: دار ابن كثير، دمشق ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.

١٨٩ ـ شرح الترمذي «النفح الشذي شرح جامع الترمذي»، المؤلف: محمد بن محمد بن محمد بن أحمد، ابن سيد الناس، اليعمري الربعي، أبو الفتح، فتح الدين (المتوفى: ٧٣٤هـ)، تحقيق: أبو جابر الأنصاري، عبد العزيز أبو رحلة، صالح اللحام، الناشر: دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض ـ السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.

١٩٠ ـ شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: ٧٩٣هـ)، مكتبة صبيح بمصر.

١٩١ ـ شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: ٧٧٢هـ)، دار العبيكان، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م.

١٩٢ ـ شرح السير الكبير، تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) الناشر: الشركة الشرقية للإعلانات الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٩٧١م.

١٩٣ ـ شرح العمدة. كتاب الصلاة. ل أحمد بن عبد الحليم بن تيمية. شرح العمدة. ت، خالد بن علي المشيقح. دار العاصمة. الرياض، ١ ـ ١٤١٨هـ.

١٩٤ ـ الشرح الكبير، لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد المقدسي، الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار

١٩٥ ـ شرح تنقيح الفصول، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة: الأولى، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م.

١٩٦ ـ شرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي الطوفي، ، تحقيق عبد الله التركي، الطببعة الأولى، ١٤١٠هـ، مؤسسة الرسالة.

١٩٧ ـ شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، تحقبق: د. عصمت الله عنايت الله محمد ـ أ. د. سائد بكداش ـ

د.محمد عبيد الله خان ـ د زينب محمد حسن فلاتة ، ، دار البشائر الإسلامية ـ ودار السراج ، الطبعة: الأولى ١٤٣١هـ ـ ٢٠١٠م.

١٩٨ ـ شرح مختصر خليل للخرشي، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ) الناشر: دار الفكر للطباعة ـ بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٩٩ ـ شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان بن سعيد الحميرى اليمني (المتوفى: ٥٧٣هـ)، تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري ـ مطهر بن علي الإرياني ـ د يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر (بيروت ـ لبنان)، دار الفكر (دمشق ـ سورية)، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.

٢٠٠ ـ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المؤلف: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين ـ بيروت، الطبعة: الرابعة ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م.

٢٠١ ـ صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: ٣٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م.

٢٠٢ ـ صحيحُ ابن خُزَيمة، المؤلف: أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري (المتوفى: ٣١١هـ)، حَققهُ وعَلّق عَلَيه وَخَرّجَ أحَاديثه وَقدَّم له: الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

٢٠٣ ـ صحيح أبي داود ـ الأم، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م.

٢٠٤ ـ صحيح الجامع الصغير وزياداته، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي.

٢٠٥ ـ صحيح وضعيف الجامع الصغير، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٢٠٦ ـ صحيح وضعيف سنن ابن ماجة، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٢٠٧ ـ صحيح وضعيف سنن أبي داود، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٢٠٨ ـ صحيح وضعيف سنن الترمذي، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٢٠٩ ـ صحيح وضعيف سنن النسائي، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٢١٠ ـ صورة الأرض، تأليف: محمد بن حوقل البغدادي الموصلي، أبو القاسم (المتوفى: بعد ٣٦٧هـ) الناشر: دار صادر، أفست ليدن، بيروت عام النشر: ١٩٣٨م.

٢١١ ـ ضعيف أبي داود ـ الأم، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: ١٤٢٠هـ)، دار النشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ـ الكويت، الطبعة: الأولى ـ ١٤٢٣هـ.

٢١٢ ـ ضَعيفُ التَّرْغِيب وَالتَّرْهِيب، المؤلف: محمد ناصر الدّين الألباني الناشر: مكتَبة المَعارف لِلنَشْرِ والتوزيْع، الرياض ـ السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ه ـ ٢٠٠٠م.

٢١٣ ـ ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المؤلف: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: ١٤٢٠ه)، الناشر: المكتب الإسلامي.

٢١٤ ـ طبقات الشافعية الكبرى، المؤلف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: ٧٧١ه)، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، الناشر: هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤١٣ه.

٢١٥ ـ طبقات الفقهاء، تأليف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦ه) هذبهُ: محمد بن مكرم ابن منظور (المتوفى: ٧١١ه)، تحقيق: إحسان عباس الناشر: دار الرائد العربي، بيروت ـ لبنان الطبعة: الأولى، ١٩٧٠.

٢١٦ ـ طلبة الطلبة، تأليف: عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، أبو حفص، نجم الدين النسفي (المتوفى: ٥٣٧ه) الناشر: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد الطبعة: بدون طبعة: ١٣١١ه.

٢١٧ ـ العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ)، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المباركي، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض ـ جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة: الثانية ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م.

٢١٨ ـ العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣ه)، المحقق: علي محمد عوض ـ عادل أحمد عبد الموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.

٢١٩ ـ العقد المذهب في طبقات حملة المذهب، المؤلف: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: ٨٠٤ هـ)، المحقق: أيمن نصر الأزهري ـ سيد مهني، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.

٢٢٠ ـ العقيدة رواية أبي بكر الخلال، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: عبد العزيز عز الدين السيروان، الناشر: دار قتيبة ـ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.

٢٢١ ـ علم أصول الفقه، المؤلف: عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ)، الناشر: مكتبة الدعوة ـ شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم)، الطبعة: عن الطبعة الثامنة لدار القلم.

٢٢٢ ـ العناية شرح الهداية المؤلف: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ) الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٢٣ ـ العين، لمؤلف: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال.

٢٢٤ ـ عيون الأخبار، تأليف: أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت تاريخ النشر: ١٤١٨ هـ.

٢٢٥ ـ عُيُون الْمَسَائِل، أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي (المتوفى: ٣٧٣هـ)، تحقيق: د. صلاح الدِّين الناهي، مطبعة أسعد، بَغْدَاد، ١٣٨٦هـ.

٢٢٦ ـ غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، الناشر: دار المعرفة ـ بيروت.




٢٢٧ ـ الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، المؤلف: عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الغزنوي، سراج الدين، أبو حفص الحنفي (المتوفى: ٧٧٣هـ)، الناشر: مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة: الأولى ١٤٠٦ ـ ١٩٨٦هـ.

٢٢٨ ـ الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، الناشر: المطبعة الميمنية، بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٢٩ ـ غريب الحديث لمؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ) المحقق: الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٠٥ ـ ١٩٨٥م.

٢٣٠ ـ غريب الحديث، أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي، تحقيق، د. حسين محمد محمد شرف، القاهرة، مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ١٤٠٤هـ.

٢٣١ ـ غريب الحديث، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ)، المحقق: د. عبد الله الجبوري، الناشر: مطبعة العاني ـ بغداد، الطبعة: الأولى، ١٣٩٧هـ.

٢٣٢ ـ الغريب المصنف، المؤلف: أبو عُبيد القاسم بن سلّام الهروي البغدادي (المتوفى: ٢٢٤هـ)، المحقق: صفوان عدنان داوودي، الناشر: مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

٢٣٣ ـ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، المؤلف: أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٨هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

٢٣٤ ـ الفائق في غريب الحديث والأثر، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي ـ محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة ـ لبنان، الطبعة: الثانية.

٢٣٥ ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار طيبة ـ الرياض ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٧م، اعتنى به نظر محمد الفاريابي.

٢٣٦ ـ فتح القدير ـ ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي. الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٣٧ ـ فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، أبو عبد الله، شمس الدين الغزي، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي (المتوفى: ٩١٨هـ)، بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م.

٢٣٨ ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة: ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

٢٣٩ ـ فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب)، المؤلف: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: ١٢٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر.

٢٤٠ ـ فصول البدائع في أصول الشرائع، محمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري (أو الفَنَري) الرومي (المتوفى: ٨٣٤هـ)، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٦م ـ ١٤٢٧هـ

٢٤١ ـ الفصول في الأصول، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، ، تحقيق عجيل جاسم النشمي، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، وزارة الأوقاف، الكويت.

٢٤٢ ـ الفصيح، المؤلف: أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار الشيباني بالولاء، أبو العباس، المعروف بثعلب (المتوفى: ٢٩١هـ)، تحقيق ودراسة: دكتور عاطف مدكور، الناشر: دار المعارف.

٢٤٣ ـ الفقه الأكبر، أبي حنيفة: النعمان بن ثابت بن زوطي بن ماه (المتوفى: ١٥٠هـ)، مكتبة الفرقان ـ الإمارات العربية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.

٢٤٤ ـ الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ﷺ، اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة: الرابعة، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م.

٢٤٥ ـ الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (المتوفى: ١٣٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

٢٤٦ ـ الفقيه والمتفقه، المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، المحقق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، الناشر: دار ابن الجوزي ـ السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٢١هـ.

٢٤٧ ـ القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، الدكتور سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق ـ سورية، الطبعة: الثانية ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.

٢٤٨ ـ القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ ـ ٢٠٠٥م.

٢٤٩ ـ قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: ٤٨٩هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٩م [ب٢].

٢٥٠ ـ قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر منصور بن محمد السمعاني، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت. الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ه ـ ٢٠٠٥م [ب١].

٢٥١ ـ الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

٢٥٢ ـ كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

٢٥٣ ـ الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد ـ الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩.

٢٥٤ ـ الكسب، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: ١٨٩هـ)، تحقيق: د. سهيل زكار، عبد الهادي حرصوني ـ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠هـ.

٢٥٥ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية.

٢٥٦ ـ كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، تأليف: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: ٧٣٠هـ) الناشر: دار الكتاب الإسلامي الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٢٥٧ ـ كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، المؤلف: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي (المتوفى: ٨٢٩هـ)، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، الناشر: دار الخير ـ دمشق، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.

٢٥٨ ـ كفاية النبيه في شرح التنبيه، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: ٧١٠هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ٢٠٠٩م

٢٥٩ ـ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المؤلف: أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش ـ محمد المصري، الناشر: مؤسسة الرسالة ـ بيروت.

٢٦٠ ـ كنز الدقائق، المؤلف: أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: ٧١٠هـ)، المحقق: أ. د. سائد بكداش، الناشر: دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ ـ ٢٠١١م

٢٦١ ـ لباب التأويل، علاء الدين علي الخازن، تصحيح: محمد علي شاهين، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، لطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

٢٦٢ ـ اللباب في الفقه الشافعي، المؤلف: أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعيّ (المتوفى: ٤١٥هـ)، المحقق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، الناشر: دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ.

٢٦٣ ـ اللباب في تهذيب الأنساب، المؤلف: أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (المتوفى: ٦٣٠هـ)، الناشر: دار صادر ـ بيروت.

٢٦٤ ـ اللباب في علوم الكتاب، المؤلف: أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني (المتوفى: ٧٧٥هـ)، المحقق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان.

٢٦٥ ـ لسان الحكام في معرفة الأحكام، المؤلف: أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشِّحْنَة الثقفي الحلبي الحلبي (المتوفى: ٨٨٢هـ)، الناشر: البابي الحلبي ـ القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٩٣ ـ ١٩٧٣م.

٢٦٦ ـ لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر ـ بيروت، الطبعة: الثالثة ـ ١٤١٤هـ.

٢٦٧ ـ اللمع في أصول الفقه، المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الثانية ٢٠٠٣م ـ ١٤٢٤هـ.

٢٦٨ ـ المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

٢٦٩ ـ المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م.

٢٧٠ ـ المثل السائر. أبو الفتح ضياء الدين نصر الله بن محمد ابن محمد عبدالكريم المعروف بابن الأثير، المحقق: أحمد الحوفي، بدوي طبانة، الناشر: دار نهضة مصر للطباعة ـ القاهرة.

٢٧١ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحَلَبي الحنفي (المتوفى: ٩٥٦هـ)، تحقيق: خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية ـ لبنان/ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م [ب٢].

٢٧٢ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨ه)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ [ب١].

٢٧٣ ـ مجمل اللغة لابن فارس، تأليف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥ه) دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان دار النشر: مؤسسة الرسالة ـ بيروت الطبعة الثانية ـ ١٤٠٦ه ـ ١٩٨٦ م.

٢٧٤ ـ المجموع شرح المهذب «مع تكملة السبكي والمطيعي» المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦ه) الناشر: دار الفكر

٢٧٥ ـ مجموع فتاوى شيخ الإسلام، الناشر: مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، ١٤٠٤هـ.




٢٧٦ ـ محاسن التأويل (تفسير القاسمي) لمحمد جمال الدين القاسمي، المحقق: محمد باسل عيون السود، الناشر: دار الكتب العلميه ـ بيروت، الطبعة: الأولى ـ ١٤١٨هـ.

٢٧٧ ـ المحاسن والمساوئ، المؤلف: إبراهيم بن محمد البيهقي (المتوفى: نحو ٣٢٠هـ).

٢٧٨ ـ المحبر، المؤلف: محمد بن حبيب بن أمية بن عمرو الهاشمي، بالولاء، أبو جعفر البغدادي (المتوفى: ٢٤٥هـ)، تحقيق: إيلزة ليختن شتيتر، الناشر: دار الآفاق الجديدة، بيروت

٢٧٩ ـ المحصول في أصول الفقه، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، تحقيق: حسين علي اليدري ـ سعيد فودة، دار البيارق ـ عمان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩.

٢٨٠ ـ المحصول، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ) ن دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

٢٨١ ـ المحكم والمحيط الأعظم، تأليف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ

٢٨٢ ـ المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، المؤلف: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ)، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ.

٢٨٣ ـ مختار الصحاح، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ) المحقق: يوسف الشيخ محمد الناشر:

المكتبة العصرية ـ الدار النموذجية، بيروت ـ صيدا الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.

٢٨٤ ـ مختصر الخرقى، المؤلف: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي (المتوفى: ٣٣٤هـ)، الناشر: دار الصحابة للتراث، الطبعة: ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م.

٢٨٥ ـ مختصر القدوري في الفقه الحنفي، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: ٤٢٨هـ)، تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

٢٨٦ ـ مختصر المزني (مطبوع ملحقا بالأم للشافعي)، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (المتوفى: ٢٦٤هـ)، دار المعرفة ـ بيروت، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م.

٢٨٧ ـ المخصص، المؤلف: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: خليل إبراهم جفال، الناشر: دار إحياء التراث ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.

٢٨٨ ـ المدونة، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.

٢٨٩ ـ مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٢٩٠ ـ المراسيل، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ.

٢٩١ ـ مراصد الاطلاع، البغدادي، دار الجيل بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.

٢٩٢ ـ المسالك والممالك، تأليف: أبو اسحاق إبراهيم بن محمد الفارسي

الاصطخري، المعروف بالكرخي (المتوفى: ٣٤٦هـ) الناشر: دار صادر، بيروت عام النشر: ٢٠٠٤م.

٢٩٣ ـ مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابن أبي الفضل صالح (٢٠٣هـ ـ ٢٦٦هـ)، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، الناشر: الدار العلمية ـ الهند.

٢٩٤ ـ المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م.

٢٩٥ ـ المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م.

٢٩٦ ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل، المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط ـ عادل مرشد، وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م.

٢٩٧ ـ مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (المتوفى: ٢٩٢هـ)، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، (حقق الأجزاء من ١ إلى ٩)، وعادل بن سعد (حقق الأجزاء من ١٠ إلى ١٧)، وصبري عبد الخالق الشافعي (حقق الجزء ١٨)، مكتبة العلوم والحكم ـ المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، (بدأت ١٩٨٨م، وانتهت ٢٠٠٩م).

٢٩٨ ـ مسند الدارمي المعروف بـ(سنن الدارمي)، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (المتوفى: ٢٥٥هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، الناشر: دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.

٢٩٩ ـ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: ٢٦١هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

٣٠٠ ـ المسودة في أصول الفقه، المؤلف: آل تيمية [بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: ٦٥٢هـ)، وأضاف إليها الأب،: عبد الحليم بن تيمية (ت: ٦٨٢هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (٧٢٨هـ)]، المحقق: محمد محيي الدين، الناشر: دار الكتاب العربي.

٣٠١ ـ مشارق الأنوار على صحاح الآثار، تأليف: عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل (المتوفى: ٥٤٤هـ) دار النشر: المكتبة العتيقة ودار التراث.

٣٠٢ ـ مشكاة المصابيح، لمحمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ=١٩٨٥م.

٣٠٣ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية ـ بيروت.

٣٠٤ ـ مصنف ابن أبي شيبه (المصنف في الأحاديث والآثار)، المؤلف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد ـ الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ.

٣٠٥ ـ المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي ـ الهند، الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ

٣٠٦ ـ المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، المؤلف: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الناشر: دار العاصمة، دار الغيث ـ السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ.

٣٠٧ - مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: ١٢٤٣هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٣٠٨ - المطلع على ألفاظ المقنع، المؤلف: محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (المتوفى: ٧٠٩هـ)، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود، الخطيب، الناشر: مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

٣٠٩ - معالم السنن، للخطابي، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة: الأولى ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.

٣١٠ - معاني القرآن وإعرابه، إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج (المتوفى: ٣١١هـ)، تحقيق: عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب - بيروت، الطبعة: الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٣١١ - المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، المؤلف: يوسف بن موسى بن محمد، أبو المحاسن جمال الدين المَلَطي الحنفي (المتوفى: ٨٠٣هـ)، الناشر: عالم الكتب - بيروت.

٣١٢ - المعتمد في أصول الفقه، المؤلف: محمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي (المتوفى: ٤٣٦هـ)، المحقق: خليل الميس، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.

٣١٣ - المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين - القاهرة.

٣١٤ - معجم البلدان، المؤلف: شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي (المتوفى: ٦٢٦هـ)، الناشر: دار صادر، بيروت، الطبعة: الثانية، ١٩٩٥م.

٣١٥ ـ معجم الفروق اللغوية، أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو ٣٩٥هـ)، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ«قم»، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ.

٣١٦ ـ المُعْجَمُ الكَبِير للطبراني المُجَلَّدان الثَّالِثَ عَشَرَ والرابع عشر، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، تحقيق: فريق من الباحثين بإشراف وعناية د/ سعد بن عبد الله الحميد و د/ خالد بن عبد الرحمن الجريسي.

٣١٧ ـ المُعْجَمُ الكَبِير للطبراني قِطْعَةٌ مِنَ المُجَلَّدِ الحَادِي والعِشْرِينَ (يَتَضَمَّنُ جُزْءاً مِنْ مُسْنَدِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، تحقيق: فريق من الباحثين بإشراف وعناية: د/ سعد بن عبد الله الحميد و د/ خالد بن عبد الرحمن الجريسي، الطبعة: الأولى: ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م.

٣١٨ ـ المعجم الكبير، المؤلف: سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: ٣٦٠هـ)، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، دار النشر: مكتبة ابن تيمية ـ القاهرة، الطبعة: الثانية.

٣١٩ ـ المعجم المختص بالمحدثين، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: ٧٤٨هـ)، تحقيق: د. محمد الحبيب الهيلة، الناشر: مكتبة الصديق، الطائف، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.

٣٢٠ ـ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، تأليف: د محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة الأزهر الناشر: دار الفضيلة.

٣٢١ ـ معجم الْمَعَالِمِ الْجُغْرَافِيَّةِ فِي السِّيرَةِ النَّبَوِيَّةِ، المؤلف: عاتق بن غيث بن زوير بن زاير بن حمود بن عطية بن صالح البلادي الحربي (المتوفى: ١٤٣١هـ)، الناشر: دار مكة للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م.

٣٢٢ ـ المعجم المفصل في شواهد العربية، د. إميل بديع يعقوب، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.

٣٢٣ ـ معجم المؤلفين، المؤلف: عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني كحالة الدمشق (المتوفى: ١٤٠٨هـ)، الناشر: مكتبة المثنى ـ بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت.

٣٢٤ ـ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، دار الدعوة.

٣٢٥ ـ معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي ـ حامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.

٣٢٦ ـ معجم مقاييس اللغة المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م.

٣٢٧ ـ معرفة الصحابة، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني (المتوفى: ٤٣٠هـ)، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن للنشر، الرياض، الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.

٣٢٨ ـ المعونة على مذهب عالم المدينة، المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: ٤٢٢هـ)، المحقق: حميش عبد الحقّ، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز ـ مكة المكرمة، بدون طبعة.

٣٢٩ ـ المغازي، المؤلف: محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء، المدني، أبو عبد الله، الواقدي (المتوفى: ٢٠٧هـ)، تحقيق: مارسدن جونس، الناشر: دار الأعلمي ـ بيروت، الطبعة: الثالثة ـ ١٤٠٩ ـ ١٩٨٩.

٣٣٠ ـ المغرب، ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المُطَرِّزِىّ (المتوفى: ٦١٠هـ)، دار الكتاب العربي.

٣٣١ ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م.

٣٣٢ ـ المغني عن حمل الأسفار، المؤلف: أبو الفضل العراقي ـ سنة الوفاة ٨٠٦ه، تحقيق: أشرف عبد المقصود، الناشر: مكتبة طبرية، سنة النشر: ١٤١٥ه ـ ١٩٩٥م، مكان النشر: الرياض.

٣٣٣ ـ المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م.

٣٣٤ ـ المفصل فى تاريخ العرب قبل الإسلام، المؤلف: الدكتور جواد علي (المتوفى: ١٤٠٨ه)، الناشر: دار الساقي، الطبعة: الرابعة ١٤٢٢ه ـ ٢٠٠١م.

٣٣٥ ـ المقدمات الممهدات، تأليف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠ه) تحقيق: الدكتور محمد حجي، الناشر: دار الغرب، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ه.

٣٣٦ ـ المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ﷺ، المؤلف: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠ه)، حققه وعلق عليه: محمود الأرناؤوط، ياسين محمود الخطيب، الناشر: مكتبة السوادي للتوزيع، جدة ـ السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ه ـ ٢٠٠٠م.

٣٣٧ ـ الملخص الفقهي، صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.

٣٣٨ ـ المنتخب من غريب كلام العرب، المؤلف: علي بن الحسن الهُنائي الأزدي، أبو الحسن الملقب بـ«كراع النمل» (المتوفى: بعد ٣٠٩ه)، المحقق: د محمد بن أحمد العمري، الناشر: جامعة أم القرى، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩ه ـ ١٩٨٩م.




٣٣٩ ـ المنتخب من معجم شيوخ السمعاني، المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني المروزي، أبو سعد (المتوفى: ٥٦٢هـ)، دراسة وتحقيق: موفق بن عبد الله بن عبد القادر، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.

٣٤٠ ـ المنتظم في تاريخ الأمم والملوك، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

٣٤١ ـ منح الجليل شرح مختصر خليل، المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ)، الناشر: دار الفكر ـ بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ.

٣٤٢ ـ المِنَحُ الشَّافِيات بِشَرْحِ مُفْرَدَاتِ الإِمَامِ أَحْمَد، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، المحقق: أ. د. عبد الله بن محمد المُطلَق، الناشر: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦ م.

٣٤٣ ـ منحة السلوك في شرح تحفة الملوك، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ)، المحقق: د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ قطر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.

٣٤٤ ـ منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م.

٣٤٥ ـ المنهاج القويم، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م

٣٤٦ ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي المؤلف: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: ٤٧٦هـ) الناشر: دار الكتب العلمية.

٣٤٧ ـ الموازنة بين شعر أبي تمام والبحتري، المؤلف: أبو القاسم الحسن بن بشر الآمدي (ت ٣٧٠هـ)، ، الناشر: دار المعارف ـ مكتبة الخانجي.

٣٤٨ ـ الموافقات، المؤلف: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ)، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م.

٣٤٩ ـ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م.

٣٥٠ ـ موجز التاريخ الإسلامي منذ عهد آدم عليه السلام إلى عصرنا الحاضر، المؤلف: أحمد معمور العسيري، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م.

٣٥١ ـ مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

٣٥٢ ـ موسوعة المدن العربية والإسلامية، تأليف: د. يحيى الشامي، الناشر: دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٣م.

٣٥٣ ـ موطأ الإمام مالك، المؤلف: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ).

٣٥٤ ـ النتف في الفتاوى، المؤلف: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد

السُّغْدي، حنفي (المتوفى: ٤٦١هـ)، المحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان: مؤسسة الرسالة ـ عمان الأردن: بيروت لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤ ـ ١٩٨٤.

٣٥٥ ـ النجم الوهاج في شرح المنهاج، المؤلف: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّمِيري أبو البقاء الشافعي (المتوفى: ٨٠٨هـ)، الناشر: دار المنهاج (جدة)، المحقق: لجنة علمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.

٣٥٦ ـ نزهة المشتاق في اختراق الآفاق، تأليف: محمد بن محمد بن عبد الله بن إدريس الحسني الطالبي، المعروف بالشريف الادريسي (المتوفى: ٥٦٠هـ) الناشر: عالم الكتب، بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٠٩هـ.

٣٥٧ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البَنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر ـ بيروت ـ لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية ـ جدة ـ السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م

٣٥٨ ـ نقد مراتب الإجماع، المؤلف: تقي الدين أبو العَباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)، بعناية: حسن أحمد إسبر، الناشر: دار ابن حزم، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.

٣٥٩ ـ النكت في القرآن، لعلي المجاشعي، تحقيق د. إبراهيم علي، دراسة وتحقيق: د. عبد الله عبد القادر الطويل، دار النشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م

٣٦٠ ـ نهاية السول شرح منهاج الوصول، المؤلف: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.

٣٦١ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المؤلف: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة: ط أخيرة ـ ١٤٠٤هـ.

٣٦٢ ـ نهاية المطلب في دراية المذهب. المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ) حققه وصنع فهارسه: أ. د: عبد العظيم محمود الدّيب الناشر: دار المنهاج الطبعة: الأولى، ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م.

٣٦٣ ـ النهاية في غريب الحديث والأثر، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية ـ بيروت، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى ـ محمود محمد الطناحي.

٣٦٤ ـ النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المؤلف: سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت ١٠٠٥هـ)، المحقق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٣٦٥ ـ النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: مجموعة من الباحثين، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٩.

٣٦٦ ـ الهداية إلى أوهام الكفاية، المؤلف: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: ٧٧٢هـ)، المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم،

الناشر: دار الكتب العلمي، مطبوع بخاتمة (كفاية النبيه) لابن الرفعة، سنة النشر: ٢٠٠٩م.

٣٦٧ ـ الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، أبو محمد مكي بن أبي طالب حَمّوش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (المتوفى: ٤٣٧هـ)، تحقيق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي ـ جامعة الشارقة، بإشراف أ. د: الشاهد البوشيخي، مجموعة بحوث الكتاب والسنة ـ كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ـ جامعة الشارقة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ ـ ٢٠٠٨م

٣٦٨ ـ الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، المؤلف: محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب الكلوذاني، المحقق: عبد اللطيف هميم ـ ماهر ياسين الفحل، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م.

٣٦٩ ـ الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي ـ بيروت ـ لبنان.

٣٧٠ ـ الوافي بالوفيات، صلاح الدين بن ايبك الصفدي،، تحقيق، أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، الطبعة: الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٠هـ.

٣٧١ ـ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت ـ لبنان، الطبعة: الرابعة، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م.

٣٧٢ ـ الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (المتوفى: ٤٦٨هـ)، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم، الدار الشامية ـ دمشق، بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ.

٣٧٣ ـ الوساطة بين المتنبي وخصومه، المؤلف: أبو الحسن علي بن عبد العزيز القاضي الجرجاني (المتوفى: ٣٩٢هـ)، تحقيق وشرح: محمد أبو الفضل إبراهيم، علي محمد البجاوي، الناشر: مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٣٧٤ ـ الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام ـ القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

٣٧٥ ـ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (المتوفى: ٦٨١هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر ـ بيروت.






فهرس الموضوعات







الموضوع	الصفحة




الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة







الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

※ ما فكرة مشروع «أسفار»؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

※ ما أهداف «أسفار»؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية؛ منها:

- طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن، السنة، العقيدة، الفقه وأصوله، اللغة)، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

※ **تمويل «أسفار»:**

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ... أو علمٌ ينتفع به»، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

※ **التواصل مع «أسفار»:**

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s.faar16@gmail.com   @sfaar16

قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ ـ عمدة الطالب لنيل المآرب في التفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر. سنة النشر: ١٤٣٧، ٢٠١٦.

٢ ـ المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبدالكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧، ٢٠١٦.

٣ ـ شرح القصيدة التائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة التائية، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨، ٢٠١٧.

٤ ـ رسالتان في مسألة القولين (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ ـ نصرة القولين للإمام الشافعي، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم).

ب ـ حقيقة القولين، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨، ٢٠١٧.

٥ ـ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العَمري، إِمْهَا حسن آية الله، يونس الوالدي، أحمد عبد الرحمن حِيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨، ٢٠١٧.

٦ - الحواشي السابغات على أخصر المختصرات، تأليف: الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي. سنة النشر: ١٤٣٨، ٢٠١٧.

٧ - بلغة الوصول إلى علم الأصول، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان. سنة النشر: ١٤٣٨، ٢٠١٧.

٨ - تحصين المآخذ، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩، ٢٠١٧.

٩ - النكت في المختلف (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني (ت٥٣٤)، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩، ٢٠١٨.

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت